



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA - FDUL

DISSERTAÇÃO DE MESTRADO EM DIREITO E CIÊNCIA JURÍDICA: ESPECIALIDADE
DIREITO ADMINISTRATIVO

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: ALOCAÇÃO DE RISCOS E EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO**

RAMSÉS MACHADO RESENDE DUTRA

Orientador: Prof. Dr. Miguel Chaves Ribeiro Assis Raimundo

LISBOA

2017

RAMSÉS MACHADO RESENDE DUTRA

**PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS: ALOCAÇÃO DE RISCOS E EQUILÍBRIO
ECONÔMICO-FINANCEIRO**

Dissertação apresentada à conclusão do curso de mestrado em Direito e Ciência Jurídica, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL, como requisito à obtenção do título de mestre em Direito Administrativo.

Orientador: Prof. Dr. Miguel Chaves Ribeiro
Assis Raimundo

LISBOA

2017

FOLHA DE APROVAÇÃO

Tese intitulada “Parcerias público-privadas: alocação de riscos e equilíbrio económico-financeiro”, apresentada pelo aluno Ramsés Machado Resende Dutra, para a obtenção do título de mestre, perante a Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa – FDUL.

Lisboa, __ de _____ de 20__.

Nota: _____

Avaliador: _____

RESUMO

A análise do instituto da parceria público-privada no direito brasileiro representa o tema *lato sensu* da dissertação. Contudo, o foco do trabalho são os mecanismos de definição da matriz de riscos e de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro na alteração das circunstâncias em que o negócio se fundou. Nesse sentido, este trabalho inicia pela definição da natureza jurídica e do regime jurídico aplicável a esses contratos, passando, posteriormente, à análise da modificação do próprio Estado e na forma de prestação de serviços públicos. A segunda parte abrange a releitura do conceito tradicional da concessão de serviços públicos e o surgimento da parceria público-privada, com a subsequente adaptação e inserção do instituto nos ordenamentos jurídicos do Brasil e de Portugal. Em seguida, faz-se o estudo dos mecanismos de alocação de riscos nos contratos privados e administrativos clássicos para se chegar ao modelo híbrido adotado pela lei de parceria público-privada. Analisam-se as especificidades para se formatar o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos concessórios de longo prazo diante da matriz de riscos contratada, bem como a ocorrência, o impacto de eventos que afetem a equação econômica contratada e as formas para se recompor o equilíbrio, por ser essa garantia constitucional do concessionário. Por fim, analisa-se a possibilidade de se alterar a matriz de riscos contratadas na assunção de eventos que alterem a capacidade das partes em gerenciar aqueles riscos sob sua responsabilidade. A abordagem feita pretende utilizar-se de conceitos e soluções elaboradas pela doutrina portuguesa para auxiliar na solução dos problemas diante da alteração de circunstâncias nesses contratos, sobretudo pelo contexto de crise econômica que o Brasil atravessa. O estudo de direito comparado assume relevância na medida em que Portugal firmou contratos de parcerias público-privadas antes do Brasil e os efeitos da crise mundial de 2008 atingiram-no antecipadamente, causando reflexos nos contratos em vigência. Também será analisada, por óbvio, a legislação aplicável e as decisões dos tribunais superiores brasileiros sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Contratos Administrativos – Concessão – Serviços Público – Parcerias Público-Privadas – Matriz de Riscos – Reequilíbrio Econômico-Financeiro

RESUMO

El análisis de la institución de asociación público-privada en la legislación brasileña es el tema de este trabajo de fin de master. Sin embargo, el enfoque del trabajo son los mecanismos en los que se define la matriz de los riesgos y restauración del equilibrio económico y financiero en los cambios circunstanciales en los que se fundó el negocio. En este sentido, este trabajo se inicia con la definición de la naturaleza jurídica y del régimen jurídico aplicable a estos tipos de contratos, pasando luego al análisis de la modificación del propio Estado y en su forma de prestación de servicios públicos. La segunda parte trata de la reinterpretación del concepto tradicional de prestación de servicios públicos y la aparición de asociación público-privada y su posterior adaptación e inclusión en los sistemas legales de Brasil y Portugal. Posteriormente se hizo el estudio de los mecanismos de asignación de riesgos tanto en los contratos privados y como en los administrativos clásicos con la finalidad de llegar a un modelo híbrido adoptado por la ley de asociación público-privada. Se analizaron las características específicas que logran el equilibrio económico y financiero en los contratos concedidos a largo plazo sobre la matriz de riesgo contratado, así como la ocurrencia y el impacto de los acontecimientos que afectan la ecuación económica contratada y las formas de restaurar el equilibrio, por ser este garantía constitucional del contratado. Por último, se analiza la posibilidad de modificar la matriz de riesgos contratada en el desarrollo de los eventos supuestamente puedan cambiar la capacidad de las partes de administrar los riesgos bajo su responsabilidad. El enfoque utilizado tuvo el propósito de utilizar los conceptos y soluciones de la doctrina portuguesa en la resolución de problemas frente al cambio de circunstancias en tales contratos, sobretudo en el contexto de la actual crisis económica en Brasil. El estudio del derecho comparado es relevante en la medida en que Portugal firmó contratos de asociación público-privada anteriormente que Brasil y los efectos de la crisis mundial de 2008 le golpeó con también con antelación, provocando adaptaciones en los contratos vigentes. También se analizará, obviamente, la legislación aplicable y las decisiones de los tribunales superiores de Brasil en este tema.

PALABRAS-CLAVE: *Contratos Administrativos – Concesiones – Servicios Públicos – Asociación Público-Privada – Matriz de los Riesgos – Equilibrio Económico y financiero*

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	9
2. QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO	12
2.1. Origem dos contratos administrativos.....	12
2.1.1. Teoria da negação dos contratos administrativos.....	17
2.1.2. Contratos administrativos de matriz francesa	20
2.1.3. Critérios de distinção dos contratos firmados pela Administração	23
2.2 Panorama atual dos contratos administrativos no Direito português.....	28
2.3. O contrato administrativo no Brasil	35
2.3.1. Histórico.....	35
2.3.2. Panorama constitucional em matéria da atividade administrativa	41
2.3.3. Panorama infraconstitucional.....	44
2.3.4. O entendimento doutrinário	45
2.3.4.1. Natureza jurídica.....	46
2.3.4.2. Regime jurídico.....	50
2.4 Interpretação dos contratos administrativos.....	57
3. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO NOS CONTRATOS.....	65
3.1. Crise do conceito clássico de concessão	70
3.2. Surgimento das Parcerias Público-Privadas.....	75
3.3. Parcerias Público-Privadas no Brasil	79
3.3.1 A opção pela Parceria Público-Privada – <i>Value for money</i>	83
3.3.2. Aspectos importantes da etapa pré-contratual das parcerias público-privadas.....	86

3.4. Distribuição de riscos nos contratos	89
3.4.1. Autonomia nos contratos privados.....	90
3.4.2. Risco nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 e nas concessões comuns	93
3.5. Distribuição de riscos nas parcerias público privadas	101
3.5.1. Limites da autonomia administrativa para a alocação de riscos	101
3.5.2. Mecanismos para alocação dos riscos.....	104
3.5.2.1. Princípios gerais da alocação de riscos	106
3.5.2.2. Identificação dos principais riscos	108
3.5.2.2.1. Risco de demanda	110
3.5.2.2.2. Risco de projeto e construção	112
3.5.2.2.3. Risco regulatório	113
3.5.2.2.4. Riscos político-jurídicos	115
3.5.2.2.5. Riscos econômico-financeiros	116
4. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS, EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ALTERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS	118
4.1. Conceito de equilíbrio econômico-financeiro.....	119
4.2. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos privados	121
4.3. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93	123
4.3.1. Eventos modificativos do equilíbrio	125
4.4. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões comuns e, em especial, nos contratos de parcerias público-privadas	128
4.4.1. A Taxa Interna de Retorno (TIR) como parâmetro de aferição do equilíbrio	133
4.4.2. A alteração de circunstâncias e a ocorrência de eventos modificativos nos contratos de parcerias público-privadas	142

4.4.2.1. É possível a redistribuição dos riscos pela alteração das circunstâncias?	148
4.4.3. Métodos para recomposição do equilíbrio	152
5. CONCLUSÕES	155
6. BIBLIOGRAFIA	160

1. INTRODUÇÃO

A promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil em 1.988 ampliou as atribuições estatais na provisão do bem-estar à população, constitucionalizando diversos direitos fundamentais dos cidadãos brasileiros. Não obstante, o momento de sua promulgação foi concomitante a uma das maiores crises financeiras do país, com défices orçamentários estatais, políticas econômicas fracassadas e após longo período de estagflação econômica (ausência de crescimento econômico aliado à hiperinflação). Os anos 1980 ficaram conhecidos no país como a “década perdida”.

Os primeiros governos civis pós-redemocratização (José Sarney, Fernando Collor de Melo e Itamar Franco) tentaram, inicialmente, controlar a economia, pois sem recursos seria impossível concretizar a nova Carta Constitucional. Nesse cenário, não haveria interessados em realizar contratações a longo prazo com o poder público sob risco de falta de pagamento.

Após a implantação do Plano Real, em 1.994, durante o governo Itamar Franco, o país conseguiu gradativamente estabilizar a economia e planejar ações de médio e longo prazo. Em 1.995, foi promulgada a Lei nº 8.987, que institucionalizou a concessão de serviços públicos conforme a nova Constituição. Permitiu-se que o Estado transferisse à iniciativa privada a exploração de serviços públicos econômicos, sendo remunerados por tarifas pagas pelos utentes.

Aliado à estabilização econômica e impulsionado pelo *boom* internacional das commodities (agropecuária, mineração e indústria petrolífera), o país experimentou período de grande crescimento econômico ao final do segundo mandato do presidente Fernando Henrique Cardoso (1999-2002) e até meados do segundo mandato do presidente Luís Inácio Lula da Silva (2003-2008), quando eclodiu a crise financeira mundial – julho de 2007.

Nesse contexto, apesar do crescimento econômico experimentado no período, o alargamento das obrigações estatais perante os cidadãos não foi acompanhado pelas receitas estatais, culminando em déficits ainda maiores para o poder público.

Assim, foi materializada a delegação de serviços públicos não econômicos e de serviço, dos quais a Administração é usuária direta ou indireta, por meio da Lei n 11.079/2004. Referida lei inclui a contratação de parcerias público-privadas (*private finance initiative* - PFI) no rol de contratações públicas que podem ser feitas pela Administração. Esse modelo de contratação pública, originado na Inglaterra e inserido no sistema da *common law*, difere do sistema romano-germânico dos países da Europa continental e do Brasil, razão pela qual passou por adaptações para se enquadrar no sistema jurídico dessas localidades.

Por se tratar de um modelo de contrato originado pelas circunstâncias de défices orçamentais e crescimento das competências estatais de provisão, o tema discutido nesse trabalho torna-se relevante na medida em que o Estado não dispõe de recursos para ampliar investimentos em infraestrutura e delega o desenho, o financiamento, a construção e a operação de empreendimentos à iniciativa privada num contexto de crise mundial, afetando de sobremaneira as bases objetivas em que o negócio jurídico foi fundado.

A escolha desse tema decorre de minha experiência profissional como gestor de contrato de parceria público-privada, na qual identificava que a doutrina não trazia respostas a todos os problemas relacionados ao impacto da alteração de circunstâncias na matriz de riscos e no equilíbrio econômico-financeiro do contrato. A finalidade da contratação pública, como não poderia deixar de ser, é a satisfação do interesse público e a prestação de serviços de qualidade à população. Em nossa visão, a doutrina, ainda enraizada em modelos clássicos de contratação pública, não compreendia a diferença entre esses modelos e o modelo originado na Lei nº 11.079/2004, e a forma como as PPP deveriam ter tratamento diferenciado quanto ao regime de alteração contratual.

O tema a ser tratado nessa dissertação relaciona-se com a evolução no regime dos contratos administrativos ao longo dos anos, desde sua autonomia frente aos contratos privados até o contrato de colaboração mais atual no direito brasileiro – as parcerias público-privadas. O segundo capítulo tratará da evolução do regime dos contratos administrativos na Europa e no Brasil e a qualificação deles, abordando os critérios diferenciadores do regime aplicável.

O terceiro capítulo abordará o novo conceito de serviço público e as premissas e caracterização das parcerias público-privadas, sobretudo no regime de distribuição de riscos do contrato, inovação trazida pela Lei nº 11.079/2004. A ideia central é identificar os riscos e distinguir sua alocação de riscos nos contratos administrativos clássicos e nas concessões comuns, administrativas e patrocinadas que impactam no regime de execução.

Já o quarto capítulo trará discussão acerca do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos administrativos, quais os reflexos da matriz de riscos na definição dos riscos e qual o ponto para se definir a equação econômica nos contrato de longo prazo. Por fim, quais os reflexos da alteração de circunstâncias nos contratos de parcerias público-privadas.

A presente pesquisa insere-se na vertente jurídico-teórica, uma vez que se baseia nos estudos das leis sobre contratação pública e no estudo comparativo entre as doutrinas brasileira e portuguesa para tentar dar a melhor interpretação aos institutos jurídicos previstos pela norma brasileira. Mesmo não sendo objetivo principal deste trabalho, analisar-se-á, também, a jurisprudência, sobretudo do Supremo Tribunal Federal, do Superior Tribunal de Justiça e do Tribunal de Contas da União no tocante às decisões sobre contratação pública.

2. QUALIFICAÇÃO DO CONTRATO ADMINISTRATIVO

2.1. Origem dos contratos administrativos

Na formação histórica da Administração, o Estado possui formas de atuação direta que impactam, em diversos níveis, a vida privada ou por meio da delegação de atividades próprias a um particular. Essas formas de atuação podem ser unilaterais, consubstanciadas no ato administrativo e são “ainda hoje o modo mais característico do exercício do poder administrativo”¹. Além da atuação unilateral, e o que parece ser tendência nos dias atuais, a Administração pode adotar formas de atuação colaborativas e/ou consensuais com os particulares, sendo o contrato uma dessas formas.

Apesar de o estudo do contrato administrativo, aqui adotado em sentido amplo, ganhar importância após a Revolução Francesa e a instauração do Estado liberal, a figura do contrato² firmado entre a Administração e o particular remonta ao período helênico, em que a administração das cidades gregas confiava a determinados cidadãos certas tarefas públicas. Esses cidadãos eram remunerados pelo público usuário, contudo pagavam à autoridade administrativa uma parte dos ganhos³⁴.

Na Roma antiga, os institutos contratuais ficam mais claros e difundidos. A administração republicana e, posteriormente, imperial, não interessada em manter uma organização dispendiosa, confia a pessoas particulares o desempenho de funções públicas, fixando com

¹ Cfr. FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo*, vol. II. Coimbra: Almedina, 2001, p. 497. Ao contrário, autores como Maria João Estorninho e Vasco Pereira da Silva defendem que o ato administrativo perdeu sua primazia no campo da atuação estatal, assumindo as formas consensuais o centro de gravitação do Direito Administrativo. João CAUPERS (in *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa: Âncora, 2010, p. 280) leciona que o contrato tornou-se meio normal do exercício da atividade administrativa.

² Na época, talvez nem se dessem conta de tratar-se de um verdadeiro contrato.

³ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

⁴ Apesar de, naquela época, o recorte histórico iniciar por questões culturais do Ocidente, intuo, com fundamento nos ensinamentos de Diogo Freitas do Amaral (in *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, 2 ed., Coimbra: Almedina, 1995, p.52), que a figura de colaboração do particular-administrado com a Administração pode ser anterior a esse período, dado que nas civilizações orientais, como a egípcia, persa e chinesa, havia estruturas robustas para dar azo à administração do imenso território desses impérios.

antecipação o montante de créditos a receber⁵. Nesse período, multiplicaram-se as *societas publicanorum*, entidades que no período da República e nos primeiros anos do Império foram concessionárias de lavras de minas, cobrança de impostos, exploração de alfândegas, portos, obras públicas etc. Essas funções deixaram mais claras a natureza contratual, pois, como bem observa Pedro Gonçalves⁶, “a concessão do direito romano identifica um acto público pelo qual uma autoridade atribuída uma posição vantajosa a um particular”, não representando um negócio feito entre particulares.

Durante o período medieval, houve a retração da administração pública, com reflexos também nos institutos contratuais da Administração. Porém, não deixaram de existir: Villar Palasí e Zanobini⁷ identificam que a *piscaria* seria uma espécie de concessão da indústria pesqueira, ao passo que as *tabulae*, *bancae*, *scamma* seriam verdadeiras concessões de mercados. Ainda, temos que os *fermiers généraux*, em França, mantinham, por contrato, as competências das *societas publicanorum* romanas e, na Itália, a própria guerra era executada por empresários privados (os *condottieri*)⁸.

O período de consolidação dos Estados nacionais, formando o Estado absolutista, elaborou uma administração mais centralizada e burocratizada, integrando um conjunto de direitos na área pública, “retirados da titularidade dos particulares e excluídos da livre utilização privada”⁹. É um período marcado por extrema intervenção do Estado na atividade econômica, social e cultural, uma “ampla cruzada intervencionista”¹⁰. Apesar de inominada, a figura da concessão, a partir do século XVI, passa a ser utilizada em algumas obras públicas, na cobrança de impostos por particulares, bem como nos direitos outorgados pela Coroa às companhias de navegação¹¹.

⁵ Cfr. MARQUES GUEDES, *O Contrato Administrativo*, in *Estudos de Direito Administrativo*, Lisboa, 1963, pp. 70-71; apud FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso...* Coimbra: Almedina, 2001, p. 499. No mesmo sentido, GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, pp.45-46.

⁶ GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 46.

⁷ Apud GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*p. 46.

⁸ FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Dir...*, vol. II, p. 500.

⁹ GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 46.

¹⁰ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo*, vol. I. Ed. única. Coimbra: Almedina, 2013, p. 267.

¹¹ Cfr. GONÇALVES, Pedro. *A Concessão...* p. 47.

No Brasil, essa delegação está ainda mais evidenciada. Atraído pelas riquezas do comércio com as Índias e pela colonização africana, o governo português possuía, até então, interesse secundário com relação à área recém-descoberta. Sem meios materiais e financeiros necessários para promover a colonização, *el Rei* organiza o território em capitanias, posteriormente doadas a particulares por meio das cartas de doação e dos forais¹². As primeiras atribuíam ao donatário a capitania, transmissível por herança. Os forais fixavam os direitos e os deveres dos donatários e a delegação de privilégios da Coroa. Os donatários atuavam com poderes administrativos exercidos sobre coisa pública¹³, podendo cobrar impostos, erigir vilas etc., e até mesmo o exercício da justiça.

No final do século XVIII e início do século XIX, a ascensão da burguesia industrial, limitada pelos privilégios concedidos à nobreza e ao clero, culmina nas Revoluções liberais. Os revolucionários, inspirados no ideário iluminista do individualismo e nas teorias econômicas liberais de Adam Smith, erigiram o princípio da não intervenção do Estado na atividade econômica, e, aliados à necessidade de prover serviços de caráter econômicos (v. g., transportes coletivos urbanos, iluminação pública etc.) e à falta de recursos financeiros, desenvolvem a figura do contrato de concessão¹⁴. Nos demais tipos de serviços ou bens necessários à execução da sua atividade, a Administração, por não conseguir obter por si mesma ou por julgar obter o mesmo serviço a preços inferiores, passou a contratar com particulares¹⁵.

Ao Estado competia apenas garantir a defesa interna e externa e permitir o exercício das garantias individuais, cabendo-lhe a função de coibir os excessos praticados, por meio de atos

¹² Cfr. CAETANO, Marcello. *Estudos de História da Administração Pública Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 1994.

¹³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 Anos de Direito Administrativo no Brasil*, in Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 5, REDE: 2006, jan/fev/mar, p. 5. (No mesmo sentido: CAETANO, Marcello. *Estudos de...* pp.464-465)

¹⁴ FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Dir... vol. II*, p. 500. (Mesmo sentido: GONÇALVES, Pedro. *A Concessão...*, pp. 47-48;

¹⁵ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Ed. Única, Coimbra: Almedina, 1990, p. 53. A autora entende que os contratos de fornecimento ou de empreitada precederam os contratos de colaboração, de delegação de serviços públicos. Pelas razões históricas apontadas, perfilho-me à tese exposta no trabalho. José Luis Meilán GIL afirma que em Espanha “*el protagonismo de los particulares en la ejecución de las obras y los servicios públicos no obedece sólo a una razón ideológica, sino también a la reconocida impotencia de la Administración para llevar a cabo esas actividades, reclamadas por la sociedad*” (in *La estructura de los Contratos Públicos – Norma, acto y contrato*. 1ª ed., Madrid: Iustel, 2008, p. 55)

unilaterais de autoridade, denominada como administração agressiva¹⁶. O Estado liberal francês pós-Revolução, baseado nas ideias de Montesquieu, era rígido na separação dos poderes. Receosos quanto à possibilidade de os tribunais controlarem a atividade administrativa, uma vez que haviam contribuído para a queda do antigo regime e por continuarem nas mãos dos antigos titulares (em geral, oriundos da nobreza)¹⁷, os revolucionários submeteram o contencioso relacionado à atividade administrativa a uma jurisdição própria, diferente dos tribunais comuns a que estavam sujeitos os particulares. Assim, nas palavras de Laferrière, “julgar a administração ainda é administrar”¹⁸.

Dessa leitura restrita do princípio da separação dos poderes, de que os tribunais não podem interferir na esfera administrativa, decorre a autoexecutoriedade das decisões da Administrativa, independentemente de permissão judicial, um verdadeiro “privilegio de execução prévia das suas decisões”, competindo à própria Administração a correção de seus atos (a autotutela declarativa e executiva)¹⁹. Esse modelo foi exportado por toda a Europa continental no período das invasões napoleônicas, influenciando diretamente na estruturação dos estados²⁰, inclusive no Brasil, uma vez que a estrutura burocrática do Estado português foi transferida para o Rio de Janeiro em 1808 e a posterior elevação da antiga colônia à Reino Unido de Portugal, Brasil e Algarves.

Em um contexto de efervescência ideológica e de desenvolvimento do modelo de administração executiva francesa, supostamente liberal²¹, com uma “costela liberal” por parte da

¹⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito Administrativo Geral, Tomo I*. 2. Ed., Lisboa: Dom Quixote, 2006, p. 102-103.

¹⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito Administrativo Geral, Tomo I*. 2. Ed., Lisboa: Dom Quixote: Lisboa, p. 104. No mesmo sentido: GIL, José Luis Meilán. *La Estructura...*, p. 77, afirmando que os Tribunais Judiciais eram vistos, “*por su composición, como una supervivencia del Antiguo Régimen, como posibles contrarrevolucionarios*”.

¹⁸ Para aprofundar na questão do surgimento do contencioso administrativo, consultar: (1) VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A Justiça Administrativa: lições*, 12. ed., Coimbra, Almedina, 2012, p. 11 e seguintes; (2) SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2000, p. 10 e seguintes. (3) CORREIA, SÉRVULO. *Direito do Contencioso Administrativo*. Ed. Única, Lisboa: LEX, 2005, p. 43-49.

¹⁹ OTERO, Paulo. *Manual de Direito Administrativo, vol. I*. Ed. única. Coimbra: Almedina, 2013, p. 274.

²⁰ Nos países anglo-americanos, o entendimento da separação dos poderes foi distinto, pois a Administração, para intervir na esfera privada, necessitava de prévia permissão dos tribunais, motivo pelo qual ficou conhecida como administração judicial.

²¹ Paulo OTERO admite que a ‘ruptura’ ocorrida não foi completa, pois permaneceram traços do período pré-revolucionário (in *Manual de Direito Administrativo...*, p. 271-277). FREITAS DO AMARAL (in *Curso de Direito*

“mãe” (fundados em Locke e Montesquieu), uma “costela autoritária” por parte do “pai” (Rousseau e Hobbes) e vinculado ao “pecado original”²² (a promiscuidade entre administrar e julgar), surge o Direito Administrativo, com prerrogativas de autoridade face a particulares²³. Originalmente concebido no seio das decisões do *Conseil d’État* francês²⁴, o Direito Administrativo impactará diretamente o desenvolvimento dos contratos firmados pela Administração.

Tendo a Administração passado a atuar em colaboração com o particular, havia, no princípio do século XIX, numerosos contratos de empreitada de obras públicas, fornecimento e concessão, associados ao desempenho das funções administrativas²⁵. Decorrente da leitura rígida do princípio da separação dos poderes em países de administração executiva (modelo francês), os contratos firmados pela Administração, apesar de possuírem regime jurídico de direito privado, seriam submetidos à jurisdição administrativa²⁶. Conforme José Luiz Meilán GIL, o contrato

Administrativo, vol. I, 2. ed., Coimbra: Almedina, 1994, p.80) analisa que apesar de originadas durante o Estado liberal, as prerrogativas ou poderes da Administração nada têm de liberais e abstencionistas; são efetivamente uma intervenção do Estado na atividade particular.

²² Cfr. SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo...*, p. 16 e p. 29-30.

²³ Cfr. OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Ed. única. Coimbra: Almedina, 2003, pp. 275.

²⁴ Cfr. OTERO, Paulo. *Manual de Dir...*, p. 276.

²⁵ FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito...*, vol. II, p. 501.

²⁶ Cfr. ESTORNINHO, Maria João. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Ed. única, Coimbra: Almedina, 1990, p. 21-37. Para a autora, apesar de a doutrina ter construído uma lógica de ‘autonomização substantiva → autonomização processual’ dos contratos administrativos, a lógica real seria da ‘autonomia processual → autonomia substantiva’, semelhante à origem do próprio Direito Administrativo. Baseia-se seu entendimento na interpretação das legislações francesa (lei de *pluviôse* do ano VIII) portuguesa (Decreto n. 23 de 16 de maio de 1832), espanhola (Lei de 2 de abril de 1845). No mesmo sentido, APOLINÁRIO, Marisa. *O âmbito da jurisdição administrativa em matéria de contratos*. In Estudos de Direito Público, coord. Prof. Dr. João Caupers e Prof. Dr. Jorge Bacelar Gouveia; ed. Única, p. Lisboa: Âncora, 2006, p. 554). Em sentido contrário, FREITAS DO AMARAL (in *Curso de Direito...*, vol. II, p. 501; também ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, 11ª ed., Madrid: Civitas, 2002, p. 683) entende que os contratos firmados pela Administração eram de direito privado e submetidos à jurisdição comum; somente num segundo momento, em que se verificaram diferenças entre os contratos sujeitos a atos de autoridade e os contratos de direito privados é que se deslocou a competência para os tribunais administrativos.

Apesar de adotar o posicionamento de a autonomia processual preceder a autonomia substantiva do contrato administrativo, para fins de facilitar o desenvolvimento deste trabalho, a questão é assaz difícil para ser resumida nesta dicotomia. JOÃO MELO MACHADO (in *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*, Coimbra: Coimbra, 1932, p.77 e ss.) demonstra que apesar da lei francesa de 28 *pluviôse* do ano VII, art. 2º, n. 1, atribuir ao Conselho de prefeitura a competência para o julgamento de “dificuldades e questões que se suscitarem entre os Empreiteiros e Arrematantes de quaisquer Rendas, Trabalhos ou Fornecimentos públicos, e a administração, relativas ao sentido ou execução das cláusulas dos seus contratos”, já existiam dúvidas se todos os contratos dessas espécies seriam submetidos à jurisdição administrativa. RAMÓN PARADA (in *Derecho Administrativo I*, 16ª ed. Madrid: Marcial Pons, 2007, p. 237) admite que, em Espanha, inicialmente optou-se por um critério processual para distinguir os contratos firmados pela Administração, mas alguns contratos seriam submetidos à justiça administrativa (que tinham

administrativo surge “como uma figura intermediária entre o puro ato administrativo e o contrato civil. Do primeiro toma a imunidade a respeito da jurisdição ordinária; do segundo a irrevogabilidade, a imunidade ante o futuro, porque, se fosse um simples ato administrativo, poderia ser revogado por outro ato emanado de um governo posterior”²⁷.

Em sua origem, portanto, os contratos firmados pela Administração, a despeito de possuírem regime jurídico de direito privado, pois, na visão do Estado liberal não intervencionista então vigente, se entendia que a figura contratual era essencialmente instrumento de direito privado²⁸, os litígios deles resultantes seriam julgados pela justiça especial administrativa em razão do entendimento rígido do princípio da separação dos poderes. Desse entendimento do regime privatístico dos contratos surgem discussões acerca da existência de contratos administrativos propriamente ditos. Destarte, o primeiro critério para a autonomização conceitual do contrato administrativo obedece a um critério formal, de ordem prática: submeter esses contratos ao contencioso administrativo²⁹.

Apesar de hoje estar clara a possibilidade de contratualização por parte da Administração, as doutrinas alemã e italiana, inicialmente, negaram a possibilidade de se firmar contratos administrativos. Por outro lado, em França, a que se seguiu Espanha e Portugal, os contratos administrativos foram amplamente aceitos, porém a discussão gravitou acerca do regime jurídico aplicável a esses ajustes, dando origem a diversos critérios de distinção entre contratos administrativos e contratos de direito privado firmados pela Administração.

2.1.1. Teoria da negação dos contratos administrativos

por finalidade obras ou serviços públicos) e outros, vinculados à noção de gestão do patrimônio privado da Administração, submeter-se-iam à justiça comum.

²⁷ GIL, José Luis Meilán, *La Estructura de los...*, p. 81. Tradução livre.

²⁸ SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O Concurso na Formação do Contrato Administrativo*, ed. única, Lisboa: LEX, 1994, p. 9-10;

²⁹ CAETANO, Marcello. *Conceito de Contrato Administrativo*, in *Estudos de Direito Administrativo*, ed. única. Lisboa: Ática, 1974, p. 39

As doutrinas alemã e italiana negaram, inicialmente, a possibilidade de a Administração firmar contratos administrativos³⁰. Inspirada nos ensinamentos de OTTO MAYER, a doutrina germânica (Jellinek, Fleiner, Laband) entendia que a figura contratual era “incompatível com o espírito e a essência do direito público”³¹; nas palavras desse autor, “o Estado só manda unilateralmente”³². Não obstante, essa interpretação dada à teoria de Otto Mayer parte de uma leitura incompleta realizada pela doutrina francesa, obcecada por demonstrar o caráter vanguardista de seus contratos administrativos³³.

A doutrina alemã apregoava que os atos de império praticados pelo Estado, como poder soberano, não poderiam ser exercidos mediante contrato: a atuação administrativa dar-se-ia por atos unilaterais e impositivos³⁴, fundada na exclusiva vontade estatal, “constituindo, portanto, uma impossibilidade lógica a figura do contrato administrativo enquanto relação jurídico-pública de caráter bilateral, que implicasse numa situação de igualdade entre o Estado e o particular”³⁵.

Por outro lado, “o contrato pressupõe partes iguais. Não há, portanto, lugar para o contrato, aí, onde, para provocar um certo resultado jurídico, (...) a vontade do estado permanece como vontade dominante”³⁶. Dois outros fatores seriam que o contrato “limitaria a capacidade do Estado para cumprir adequadamente as suas funções públicas” e, numa visão positivista, “a inexistência de normas de base que conferissem força vinculante aos contratos”³⁷, ou seja, que possibilitassem à Administração recorrer à figura contratual para regular suas relações jurídicas.

³⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito Administrativo Geral – Contratos Públicos, Tomo III*. 1. Ed., Lisboa: Dom Quixote, 2008, p. 15.

³¹ FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso...*, vol. II, p. 504-505. Apesar do eminente Professor enquadrar LABAND na categoria dos autores que negavam a existência dos contratos administrativos, MARK KIRKBY (in *Contratos Administrativos de Subordinação*, ed. única. Lisboa: AAFDL, 2002, p. 33) sustenta que o doutrinador alemão enquadrava na categoria de contrato de direito público a relação de emprego público e a concessão de cidadania, pois a produção dos efeitos jurídicos desejados dependeria da aceitação do particular. OTTO MAYER contestou a tese de LABAND, criando a figura do ato administrativo dependente de aceitação do destinatário.

³² Cfr. GARRIDO FALLA; *apud* ESTORNINHO, Maria João. *Requiem...* p. 42. Atribui a OTTO MAYER a frase; também FORSTHOFF, Ernest. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tradução: : Legaz Lacambra; Garrido Falla; Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 374.

³³ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem...*, p. 42.

³⁴ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito... – Contratos Públicos, Tomo III*. p. 15.

³⁵ GIL, José Luis Meilán. *La Estructura de los...*, p. 59

³⁶ FLEINER, *apud* OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Direito Administrativo I*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1984, p. 635.

³⁷ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Contratos Administrativos de Subordinação*, ed. única. Lisboa: AAFDL, 2002, p. 34.

A parte curiosa, despercebida pelos críticos franceses, é que OTTO MAYER entendia que a Administração, na prossecução do interesse público, poderia celebrar contratos de direito privado, numa relação de paridade com o particular³⁸. MELO MACHADO³⁹ verifica que o autor alemão adota um critério de economia privada, segundo a qual “tudo aquilo que é igual por natureza, deve ser também igualmente regulamentado”. De acordo com essa proposição, a Administração, quando contrata uma empreitada de obra pública a um particular, o faz nas mesmas condições que em uma relação entre particulares, sendo a contratação submetida ao regime privado. Não poderiam ser objeto de contrato aqueles atos decorrentes do *ius imperii*, como os hoje chamados contratos substitutivos de atos administrativos ou contratos de concessão de serviços públicos. Pontua ainda o autor lusitano que o próprio Otto MAYER identifica alguns atos situados na zona intermediária entre atos de império e atos sob o manto do direito privado, vulnerando-lhe a tese e classificação⁴⁰.

No Brasil, houve adeptos dessa teoria. Em “Direito Administrativo Brasileiro”, ao citar ensinamento de Alcides Cruz, Themístocles CAVALCANTI⁴¹ entende que a concessão de serviço público não estaria sujeita à contratualização por ser ato unilateral do poder público a que acede o concessionário, por meio de um ato igualmente unilateral, concordando com as disposições regulamentares e disciplinares impostas pelo Estado.

Aos poucos, a teoria de negação do contrato administrativo vai perdendo forças. Na teoria de APELT⁴², o contrato não seria instrumento para regular ou instituir a relação de subordinação entre o particular e a Administração; ele passaria a ser meio de autorregulação de interesses recíprocos entre sujeitos, nas relações regidas pelo direito publicista. O primeiro argumento da teoria de OTTO MAYER, com relação à inexistência de paridade entre contratantes, sofre o

³⁸ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem...*, p. 43. Também SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito... – Contratos Públicos, Tomo III*, p. 15.

³⁹ MACHADO, João de Melo. *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*. Coimbra: Coimbra Editora, 1937, p. 64 e ss.

⁴⁰ ALEXANDRA LEITÃO (in *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, ed. única, Lisboa: AAFDL, 2014, p. 11) pontua que ainda hoje, nos sistemas alemão e italiano, a evolução da dicotomia entre contrato administrativo e contrato privado deu-se de forma distinta da ocorrida nos sistemas que adotaram a matriz francesa. Naqueles países somente são considerados contratos de direito público os que possuem conteúdo idêntico a de um ato administrativo. Para essa distinção entre os contratos alemão e francês da atualidade, vide ESTORNINHO, Maria João, *Requiem...*, p. 43-48.

⁴¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. refundada e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 215

⁴² Cit. por KIRKBY, Mark. *O contrato de sub...*, p. 34-35.

primeiro abalo. O segundo argumento da teoria de OTTO MAYER, do engessamento da Administração dada a rigidez contratual, é contestado com base na cláusula geral *rebus sic standibus*⁴³.

Por fim, a pá de cal: FORSTHOFF entende que o ponto mais vulnerável da teoria de Mayer estaria no entendimento dela, inspirado no positivismo, segundo o qual carecia de autorização legal a contratualização de atos de autoridade por parte da Administração, sendo impensável a sua eficácia sem a permissão da lei. Com a queda do positivismo puro, o pilar de sustentação da tese de Mayer é erodido⁴⁴. Porém, esse processo de alteração do paradigma é paulatino, tendo ocorrido no período pós-Segunda Guerra, com o aprofundamento das políticas do Estado social⁴⁵ e, conseqüentemente, com uma maior intervenção estatal nas atividades privadas.

2.1.2. Contratos administrativos de matriz francesa

Se por um lado a teoria de Mayer se enfraqueceu a partir das diferentes interpretações sobre o poder da Administração de contratos, por outro houve defensores da natureza contratual dos ajustes firmados pela Administração, especialmente em países seguidores do modelo francês de contrato. Sérvulo CORREIA, em obra paradigmática sobre o assunto, distingue o ato do contrato da seguinte forma: quando se tratar de contrato, a manifestação de vontade do particular será condição de existência do instrumento, ao passo que no ato a manifestação de vontade é apenas requisito de legalidade ou eficácia⁴⁶.

Como bem argumenta Maria João ESTORNINHO, na gênese da justiça administrativa francesa, não existia distinção entre contratos administrativos e contratos privados da

⁴³ KIRKBY, Mark. *O Contrato de sub...*, p. 36.

⁴⁴ FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Decrecho Administrativo*. Tradução: Legaz Lacambra; Garrido Falla; Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958, p. 376.

⁴⁵ KIRKBY, Mark. *O contrato de sub...*, p. 38. José Luis Meilán GIL (in *La Estructura de los...*, p. 62) aponta que W. KREBS, autor alemão, reconhece que a atuação unilateral da atividade administrativa necessita de alternativas e complementos, incluindo as forças sociais para o devido cumprimento de suas funções, num Estado cooperativo.

⁴⁶ CORREIA, Sérvulo. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, p. 350.

Administração, “quer em relação ao regime jurídico quer também em relação à própria competência jurisdicional”⁴⁷.

A evolução doutrinária acerca da distinção entre atos de autoridade e atos de gestão influenciou na roupagem dos contratos administrativos⁴⁸. Inicialmente eram submetidos à competência dos tribunais administrativos todos os contratos sob regime de direito privado da Administração. Progressivamente o Conselho de Estado francês devolveu alguns deles à competência dos tribunais comuns. Essa devolução deu-se por duas razões: a primeira delas de fundamento técnico, pois alguns tipos de litígios envolvendo os contratos firmados pela Administração implicavam e discutiam questões patrimoniais e de propriedade (atos de gestão), relacionados diretamente a questões de natureza jurídico-privadas e que deveriam ser de competência dos tribunais judiciais⁴⁹.

A outra razão era de caráter político, para a própria sobrevivência do Conselho de Estado: o tribunal administrativo viu-se obrigado a fazer algumas concessões liberais em favor dos tribunais comuns, uma vez que a justiça administrativa correspondia a uma concepção pretoriana, napoleônica, da justiça⁵⁰, sendo foro privilegiado e de exceção⁵¹.

A distinção mantinha-se fincada no pragmatismo e com fins processuais: definir qual seria a justiça competente para julgar os litígios envolvendo contratos firmados pela Administração. Entretanto, os contratos firmados pela Administração passaram a ser analisados em seu conteúdo substantivo, principalmente após o abandono da teoria dos atos de gestão e de autoridade e a adoção de critérios para os diferenciar, inicialmente, dos critérios de serviço público e das cláusulas exorbitantes⁵².

Como já exposto, a Administração, apesar de verificar a necessidade de investimentos públicos em áreas como iluminação pública, redes de telecomunicação, ferroviárias e outros, não possuía meios financeiros para custear o incremento da infraestrutura e, sob o dogma da não

⁴⁷ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem...*, p. 32.

⁴⁸ GIL, José Luis Meilán. *La Estructura de los...*, p. 81.

⁴⁹ PARADA, Ramón; *ob. cit.*, p. 238.

⁵⁰ *Idem*, p. 238.

⁵¹ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem...*, p. 34.

⁵² GIL, José Luis Meilán. *La Estructura de los...*, p. 82

intervenção estatal vigente à época, delegava a particulares a tarefa de realização desses investimentos de interesse público. Firmavam-se contratos tipicamente de direito privado entre Estado e particulares para a implementação de serviços públicos, sendo os litígios deles decorrentes submetidos à jurisdição administrativa⁵³. Esses contratos eram idênticos aos das relações jurídico-privadas, nos quais imperavam o princípio do *pacta sunt servanda*⁵⁴.

Necessitado de investimentos e sem meios para tal, o Estado firmava contratos longos com os particulares para que eles realizassem o investimento inicial e, no decorrer do tempo, recuperassem o capital investido e obtivessem lucro. Surge o contrato de concessão de serviço público, apesar de ainda numa versão horizontalizada, regida pelo direito privado. Na visão do capitalista concessionário, quanto mais rápido se obtivesse o retorno do capital, mais lucros ele teria. Assim, iniciam-se os problemas, pois os particulares investiam apenas o necessário para a manutenção dos serviços com o mínimo de qualidade.

Com os avanços tecnológicos do período, em áreas como iluminação pública, abastecimento domiciliar de água etc., os sistemas utilizados pelos concessionários tornaram-se obsoletos, necessitando de atualização para melhor adequação ao interesse público. Os obstáculos para essa renovação tecnológica eram, por um lado, o interesse do particular em auferir o máximo lucro, sendo a alteração da tecnologia uma imposição de encargos não previstos inicialmente, e, por outro, a rigidez contratual fincada no *pacta sunt servanda*.

O imperativo de atualização tecnológica fez com que a Administração questionasse a rigidez contratual com base no interesse público. Marcelo REBELO DE SOUSA cita as

⁵³ MARIA JOÃO ESTORNINHO chama esse período inicial de fase da “candura”, pois inicialmente o Estado aceitava a relação de paridade com o particular por razões negociais: caso se exigissem cláusulas leoninas contratuais, não haveria interessados em pactuar com a Administração (*Requiem...*, p. 55).

⁵⁴ GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*. Ed. única, Coimbra: Almedina, 2003, p. 17. Apesar de não ser objeto deste trabalho por se tratarem de sistemas jurídicos distintos, José Luis Meilán GIL (in *La estructura de los...*, p. 64-76) aponta que nos Estados Unidos da América a estabilidade do contrato é de matriz constitucional, porém os Estados introduziam cláusulas reservando-se o direito de alterar futuramente as condições em que foram acordadas, especialmente quando versam sobre serviços públicos. Porém, mantém-se certo resíduo de poder nas mãos da Administração para, em casos específicos, por necessidade, razoabilidade e satisfação do interesse público, aproximando os sistemas continental e anglo-saxônico. Também no Reino Unido submete-se o contrato da Administração ao Direito privado. Porém, a Administração, mesmo que por meio de contrato, não pode criar obrigações que podem travar a liberdade de ação do Estado – “*executive action*”. Conforme o próprio autor, “*en otras palabras, una autoridad pública no puede ser impedida por un contrato de realizar las funciones esenciales que justifican su existencia*”.

concessões de exploração do sistema de iluminação pública em França como exemplo e ponto inicial da inflexão publicística dos contratos firmados pela Administração: inicialmente a gás e/ou carvão, os sistemas tornaram-se obsoletos com a utilização da eletricidade. Surge, assim, o imbróglio da modificação contratual, tendo o Conselho de Estado decidido pela possibilidade de o Estado alterar unilateralmente o contrato com base no interesse público⁵⁵, desde que mantido o equilíbrio económico-financeiro. A partir de então se deu início à autonomização substantiva dos contratos administrativos em relação aos contratos privados.

De uma questão meramente processual, a classificação do contrato como administrativo, no sentido estrito ou de direito privado firmado pela Administração, passa a influenciar o campo material da relação, no aspecto pré-contratual, no regime de execução e nos poderes atribuídos ao ente público.

2.1.3. Critérios de distinção dos contratos firmados pela Administração

A tentativa de adoção de um critério único para distinguir contratos administrativos de contratos de direito privado foi figura central nas discussões acerca dos contratos por parte da doutrina⁵⁶, sem que fosse alcançado um critério digno de consenso, havendo quem a essa distinção se refira como “mito” do critério único⁵⁷. Sem a pretensão de esgotar o tema, apresentar-se-ão os critérios mais relevantes para o desenvolvimento deste trabalho⁵⁸, seguindo a

⁵⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito... – Contratos Públicos, Tomo III*. p. 16. LOURENÇO MANOEL VILHENA DE FREITAS (in *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração*, ed. única, Lisboa: AAFDL, 2007, p. 69) preleciona que o acórdão paradigmático desse poder de alteração unilateral é o de 21 de março de 1910, do Conselho de Estado Francês, julgando o caso da ‘Compagnie générale de tramway’.

⁵⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito... – Contratos Públicos, Tomo III*. p. 16. José Luis Meilán GIL (in *La Estructura...*, p. 128) afirma que “*el problema central, se dirá, que sigue planteándose en torno del contrato administrativo es hasta qué punto su construcción se independiza de las normas y principios del Derecho civil*”.

⁵⁷ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem...*, p. 110.

⁵⁸ Para um estudo mais aprofundado sobre o tema, vide MARIA JOÃO ESTORNINHO (in *Requiem...*, p. 71-110) e José Manuel SÉRVULO CORREIA, in *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Ed. única, Almedina: Coimbra, 2003, p. 343-428.

terminologia adota por Marcelo REBELO DE SOUSA⁵⁹, ressalvado o critério da jurisdição competente acima destacada.

a) Critério da taxatividade legal: são administrativos os contratos expressamente previstos em lei como administrativos, os demais são de direito privado. A vantagem desse modelo é a segurança jurídica por ele proporcionada tanto no aspecto substantivo quanto processual, uma vez que seria residual a discussão acerca da natureza jurídica do contrato. A meu ver, sua desvantagem reside na limitação rígida imposta pelos diferentes tipos contratuais, inserindo num mesmo contexto contratos que podem ser formalmente idênticos, mas substantivamente distintos. Um exemplo seria um contrato de compra e venda de medicamentos para distribuição à população e um contrato de compra e venda de material de escritório para a repartição pública contratante. Formalmente estariam inseridos no tipo contratual de direito privado, porém, em sua essência, seriam distintos em razão de sua finalidade.

b) Critério da natureza dos sujeitos: obedece a um conceito meramente orgânico. São administrativos os contratos nos quais a Administração figure em um dos polos da relação contratual. A vantagem é novamente a segurança jurídica, mas esse critério é “imprestável”, como salienta o autor, pois desconhece a hipótese de contratos administrativos serem firmados entre privados e partiria do pressuposto de que todos os contratos possuem a mesma natureza.

c) Critério das cláusulas de sujeição: são administrativos os contratos cujo conteúdo atribui ao contratante poderes de supremacia perante o contratante particular, “subordinado àquele em termos que seriam inadmissíveis, ou pelo menos anormais, no direito privado”⁶⁰. Por exclusão, seriam contratos de direito privado aqueles em que a Administração contrate em relação de paridade com o particular. Esse critério não é satisfatório porque analisado a partir de uma lógica contratual para a relação de poder, ao passo que o *ius variandii* do contrato administrativo decorre do próprio regime jurídico aplicável ao contrato, tal como ocorreu no surgimento do contrato administrativo já explicitado.

d) Critério do regime de sujeição: “são administrativos aqueles contratos em virtude dos quais, por força do regime jurídico que lhes é aplicável, o contratante administrativo fica colocado

⁵⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito... – Contratos Públicos, Tomo III*. p. 22 e ss.

⁶⁰ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito... – Contratos Públicos, Tomo III*. p. 25.

numa posição de supremacia em relação ao seu co-contratante particular”⁶¹. Há três críticas a esse critério que o torna “imprestável”: (i) nem todos os contratos administrativos envolvem a potencialidade de exercício de poderes de autoridade por parte da Administração sobre o co-contratante⁶²; (ii) os poderes tidos como exorbitantes podem existir, mesmo que em caráter residual, nos contratos entre privados (como nos contratos de trabalho); (iii) por fim, o regime aplicável a um contrato é consequência, e não causa da sua qualificação como administrativo ou de direito privado (caráter circular).

e) Critério estatutário: contratos submetidos ao direito administrativo na condição de direito comum são considerados administrativos; são de direito privado os contratos em que o direito comum é o jurídico-privado. As críticas a esse modelo estão baseadas no seu caráter circular, tal como no regime de sujeição: a aplicação de vinculações jurídico-públicas a todos os atos praticados pela Administração, tais como princípios norteadores, e a incontestável incidência de regras procedimentais de direito administrativo aos contratos considerados como de direito privado. A aplicação desse critério levaria, segundo o autor, a duas conclusões: ou se entenderia que todos os contratos firmados pela Administração são administrativos ou essa classificação dependeria de uma graduação da intensidade da vinculação do contrato ao direito administrativo, característica que prescinde de objetividade para a análise.

f) Critério do objeto do contrato: são administrativos os contratos que versem sobre relações jurídico-administrativas, os que tenham por objeto relações jurídicas de direito privado são contratos de Direito Privado⁶³. O problema da distinção entre contrato administrativo e contrato

⁶¹ *Ibidem*, p. 25. José Manuel SÉRVULO CORREIA (*in Legalidade e Autonomia...*, p. 364) sustenta que o critério de sujeição passou a ser verificado quando os tribunais analisaram contratos administrativos nominados com paralelo no direito privado, como os contratos de prestação de serviços. Assim, desdobrou-se em subcritérios para sua identificação. O primeiro é a natureza das partes, sendo uma pessoa de direito público e a outra um particular – onde se alicerça a razão da sujeição. O segundo elemento é a “associação duradoura e especial do co-contratante particular, mediante retribuição ao cumprimento das atribuições da pessoa colectiva que contrata da parte da Administração”. Por fim, decorrente da supremacia do interesse público, existe a submissão do particular às leis, regulamentos e atos administrativos durante a execução contratual.

⁶² SÉRVULO CORREIA (*in Legalidade e Autonomia...*, p. 369) afirma que “o critério da sujeição não basta para qualificar os contratos porque o Direito Administrativo não se esgota em relações de sujeição”.

⁶³ SÉRVULO CORREIA (*in Legalidade e Autonomia...*, p. 372), ao analisar a doutrina alemã quanto ao critério do objeto “distingue-se pela qualificação do contrato em função da índole da relação jurídica por ele constituída, modificada ou extinta, determinada, por seu turno, pela natureza dos efeitos de direito (*Wirkungen* ou *Rechtsfolgen*) que a integram ou/e da situação de fato (*Sachverhalt*) a que respeita”. Conclui, posteriormente, que deve ser

de Direito Privado é apenas alterado para se saber qual será a relação jurídica aplicável: administrativa ou jurídico-privada. As críticas a esse critério foram abordadas por SÉRVULO CORREIA⁶⁴, pois se trata de um conceito impreciso – nos contratos de prestação de serviços, por exemplo, há zonas cinzentas/confinantes em que o emprego isolado do critério do objeto mediato não soluciona a questão da qualificação. A segunda crítica ao critério se relaciona à plataforma de remissão para outros critérios, pois quando se tratam de contratos nominados submetidos ao direito público, é clara a sua adjetivação. Porém, tratando-se de contratos inominados, sem normas definidoras de seu enquadramento, é necessário socorrer-se a outros critérios para qualificá-los.

g) Critério do fim do contrato: esse critério distingue os contratos administrativos dos contratos de direito privado por meio da finalidade imediata e mediata da utilidade pública. A inserção da expressão “utilidade pública” tornou-se necessária pois todas as atividades da Administração são, por definição, públicas, razão pela qual se emprega a expressão, “pretende-se inculcar-se a aptidão para satisfazer necessidades colectivas, isto é, necessidades sentidas desde logo pela população”⁶⁵. São administrativos os que visam à prossecução imediata da utilidade pública. Tendo em vista que a definição de prossecução imediata ou mediata da utilidade pública carece de definição objetiva (imprecisão do conceito), o critério não satisfaz as exigências mínimas de segurança jurídica. Ademais, poderão existir contratos que atendem a finalidade de utilidade pública mas que nem por isso serão administrativos, como os contratos de execução de serviços públicos celebrados entre serviços públicos comerciais/industriais e utentes⁶⁶.

h) Critério do grau de intensidade do interesse público prosseguido: “são administrativos aqueles contratos que visem à prossecução do interesse público em termos tais que este tem necessariamente de prevalecer sobre os interesses privados com ele eventualmente conflitantes”⁶⁷. Assim, são de direito privado contratos em que há igualdade em caso de conflito

qualificado como administrativo o contrato por meio do qual se executa imediatamente tarefa pública, “considerando como tais aquelas atividades administrativas de prestação com especial significado para a comunidade”.

⁶⁴ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia...*, p. 374.

⁶⁵ *Idem*, p. 379.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 388.

⁶⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito... – Contratos Públicos, Tomo III*, p. 27.

entre os interesses público e privado. A crítica ao critério reside na própria atividade administrativa, sempre voltada à prossecução do interesse público, tendo solução prática semelhante ao critério estatutário: ou todos os contratos serão considerados administrativos ou dependerá de graduação de intensidade do interesse público, esse não aferível de forma objetiva.

i) Critério do ambiente de direito administrativo: “são administrativos aqueles contratos cujo contexto factual e normativo permita concluir pela aplicação do direito administrativo, sendo de direito privado os restantes da Administração”⁶⁸. A crítica surge também pela subjetividade do critério, não sendo possível definir com precisão aceitável e segura qual o contrato que deveria submeter-se à aplicação do direito administrativo.

Diante das discussões na tentativa de instituir-se um critério satisfatório para caracterizar os contratos firmados pela Administração numa dicotomia estanque entre administrativo ou de direito privado, Maria João ESTORNINHO⁶⁹ defendeu a “morte natural” do contrato administrativo, pois sua figura não exorbita, em regra, o contrato no direito comum em razão da publicização dos contratos de direito privado, vinculados a certos preceitos constitucionais. Além disso, os contratos privatísticos firmados pela Administração careceriam de autonomia idêntica à dos particulares, uma vez que a atividade administrativa é ligada umbilicalmente às normas e aos princípios de direito público, em especial a vinculação à prossecução do interesse público. Assim, a autora propôs o estudo desses contratos sob uma perspectiva global e unificadora⁷⁰, com a adoção do contrato público, de abrangência geral.

Por outro lado, parte da doutrina mantém o entendimento da autonomia conceitual dos contratos administrativos. Nas palavras de Pedro GONÇALVES⁷¹, adepto do critério estatutário, “insistimos pois na ideia de que a existência de uma figura autônoma do contrato administrativo é um dado seguro do sistema jurídico-administrativo que atualmente vigora em Portugal: nada há que opinar quanto a isso”. Cumpre ressaltar que, quando da emissão dessa assertiva por parte do ilustre professor da Faculdade de Direito de Coimbra, não estava em vigência o Decreto-Lei n. 18/2008, de 29 de janeiro.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 28

⁶⁹ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem...*, p. 184 e obras seguintes.

⁷⁰ ESTORNINHO, Maria João. *Contratos da Administração Pública (Esboço de Autonomização Curricular)*. Ed. única, Coimbra: Almedina, 1999, p. 11.

⁷¹ GONÇALVES, Pedro. *O Contrato Administrativo...*ob. cit., p. 10.

Em Espanha, Meilán GIL aponta que as prerrogativas contratuais da Administração têm seu fundamento *extra contractum* ou *ex lege*, considerando excessiva a opinião sobre a irrelevância da distinção entre a natureza administrativa ou a civil dos ajustes. Para ele, as prerrogativas da Administração operam na execução, incumprimento e extinção somente dos contratos administrativos, não podendo ser aplicáveis aos contratos de direito privado firmados pela Administração⁷².

Longe de ser consenso a autonomia dos contratos administrativos frente aos contratos de direito privado, bem como da existência de critério diferenciador entre contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração, passa-se a analisar a figura nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro.

2.2 Panorama atual dos contratos administrativos no Direito português

Apesar da discordância inicial de parte da doutrina, parte considerável dos estudiosos referendou a tese de Maria João ESTORNINHO e entendeu que os contratos da Administração, independentemente do regime jurídico aplicável, estariam submetidos a regramentos de direito público, principalmente após a transposição das regras do Direito Comunitário acerca da contratação pública. Verificou-se que o caráter exorbitante do contrato administrativo havia sido mitigado e que o movimento de publicização dos contratos de direito privado levou à “uniformização do regime jurídico aplicável aos contratos da Administração Pública”⁷³.

Com a aprovação pelo Parlamento Europeu da legislação comunitária que trata contratação pública, consubstanciada nas Diretivas 2004/17/CE e 2004/18/CE, houve a necessidade de adaptação das diretrizes da contratação pública para o ordenamento jurídico

⁷² GIL, José Luis Meilán. *La estructura...*, p. 130-131.

⁷³ ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*. Coimbra: Almedina, 2013, p. 39. A autora sustenta que o Direito Comunitário adotou posição neutra em relação ao regime dos contratos firmados pela Administração, nomeando-os como contratos públicos, de maior abrangência.

português. Na divertida frase de João CAUPERS⁷⁴, “sopraram de Bruxelas os ventos que impulsionaram o legislador nacional em direção a uma nova regulamentação da contratação pública”.

Após debates e discussões, foi aprovado o Decreto-Lei n. 18/2008, sendo conceituado contrato administrativo, no art. 1º, nº 6, como “o acordo de vontades, independentemente de sua forma ou designação, celebrado entre contraentes públicos e cocontratantes ou somente entre contraentes públicos”. Posteriormente, nas alíneas *a)* a *d)*, descrevem-se as categorias que enquadram o contrato como administrativo.

Não restam dúvidas quanto à natureza jurídica contratual da relação. Conceituado como acordo de vontades, a natureza contratual foge do conceito de ato ou até mesmo de ato bilateral, uma vez que o ato bilateral é manifestação unilateral de vontade dependente de aceitação do terceiro ao qual foi direcionado, sem a criação de obrigações recíprocas.

Em relação ao regime, mantém-se a celeuma apresentada no tópico relacionado aos critérios de distinção entre contratos privados firmados pela Administração e contratos administrativos. Contudo, algo já é consenso: que a autonomia contratual da Administração não é ilimitada, pois a atividade administrativa deve sempre visar à prossecução do interesse público e outros princípios de Direito Público. Ademais, as Diretivas Comunitárias uniformizaram o regime aplicável, especialmente em relação ao procedimento pré-contratual.

Talvez por tradição, alguns autores portugueses mantêm a clássica distinção entre contratos de direito privado da Administração e contratos administrativos. Diogo FREITAS DO AMARAL⁷⁵ sustenta a dicotomia na finalidade da atividade administrativa: quando estiver a exercer atividade de gestão privada, o contrato seria de direito privado; ao contrário, se a atividade for de gestão pública, formar-se-ia relação jurídico-administrativa.

Não obstante, o autor entende que com a entrada em vigor do novo CCP, o contrato de direito privado foi relegado a um campo residual. Há, no entanto, contradição na percepção do

⁷⁴ CAUPERS, João Pedro Barrosa. *Introdução ao Direito Administrativo*. Lisboa: Âncora, 2010, p. 284.

⁷⁵ FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo, volume II*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, p. 540.

autor quando defende que o Código adotou uma qualificação orgânica do contrato, ao considerar em consideração na conceituação apenas a natureza jurídica da entidade pública contraente.

Pedro GONÇALVES possivelmente sustenta tese defendida por ele no período anterior à vigência do novo CCP. Todavia, em recente trabalho, adotou a terminologia “contratos públicos”, sendo esses “relações, de direito privado ou de direito público, que se desenvolvem entre quaisquer entidades da Administração Pública e particulares ou diferentes entidades da Administração Pública”⁷⁶, mas não se pode vislumbrar se para o autor permanece a dicotomia anteriormente defendida.

Outro defensor da existência de distinção entre contratos privados e contratos administrativos é Mark Bobela-Mota KIRKBY, para quem o traço distintivo dos contratos administrativos está na ligação direta, intensa e imediata à realização de fins de utilidade pública, com potencial de condicionar de forma relevante a atividade administrativa⁷⁷. Por fim, define que “será administrativo, dando origem a relações jurídico-administrativas, o contrato em que a prestação do particular condicione ou possa condicionar, de forma relevante, a realização de atribuições do contraente público”⁷⁸. A crítica a esse critério é que toda contratação impacta a atividade administrativa, em menor ou maior escala.

Por outro lado, em razão daquele ponto comum que permeia todos os contratos firmados pela Administração, há doutrinadores que inserem todos sobre a mesma categoria, seja ela nomeada como “contratos públicos” ou “contratos administrativos”. A precursora desse entendimento e já citada é Maria João ESTORNINHO, para quem o contrato administrativo sucumbiu de “morte natural”⁷⁹, classificando-o como contrato público⁸⁰.

⁷⁶ GONÇALVES, Pedro Costa. *Regulação Administrativa e Contrato*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 989 e p. 1007. Porém, no último recorte, o autor diz que “o contrato público encontra-se submetido a uma regulação específica de direito público”, “quer no que respeita ao seu procedimento de formação, quer, em muitos contratos, quanto à disciplina da relação contratual (regime substantivo)”. Dessa lição do professor pode-se ao menos inferir a manutenção de uma categoria contratual da Administração que não estaria submetida ao regime substantivo de direito público.

⁷⁷ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Conceitos e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate académico com e em homenagem ao senhor professor Sérvulo Correia*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 789.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 790.

⁷⁹ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem...*, p. 184 e obras seguintes.

Alinhou-se ao entendimento de que o contrato administrativo não possui autonomia João CAUPERS, para quem a classificação adotada pelo legislador para definir os contratos públicos abandona o conceito tradicional de contrato administrativo. O CCP tentou, contudo, manter a “suposta” autonomia conceitual do contrato administrativo, separando os contratos administrativos dos contratos da Administração.

Esse autor ainda observa que a lei deveria ser mais clara na determinação das espécies de contratos que entende submetida a um regime de direito público. Indo além, diz que seria preferível qualificar como administrativos todos os contratos celebrados por entidades públicas. Ou, melhor ainda, deixar de qualificar como administrativos quaisquer contratos⁸¹.

Na mesma linha, Alexandra LEITÃO defende que a regra são todos os contratos serem administrativos, chegando a aproximar-se de uma cláusula geral⁸². Para a autora, os critérios de definição dos contratos públicos são o regime substantivo, o objeto de direito público, a sujeição a um procedimento pré-contratual. Assim, seria aplicável o regime jurídico substantivo público a todos os contratos, por estar a Administração vinculada à finalidade pública, de prossecução do interesse público⁸³. Sustenta, ainda, que a relação jurídica administrativa tornou-se uma cláusula geral de definição do conceito de contrato administrativo, existindo o alargamento no âmbito dos ajustes dessa qualidade⁸⁴.

Marcelo REBELO DE SOUSA propõe o fim do contrato administrativo nos moldes tradicionais. Os contratos de direito privado tornaram-se marginais à atividade administrativa geral. Entende o autor que o legislador reconheceu a insuficiência de um critério unitário e abdicou de resolver o problema de qualificação dos contratos firmados pela Administração. Em sua obra, defende que todos os contratos são submetidos a normas de direito público, pois,

⁸⁰ ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito...*, p. 320-331, no qual faz uma delimitação do universo dos contratos públicos.

⁸¹ CAUPERS, João. *Introdução...*, p. 302-303.

⁸² LEITÃO, Alexandra. *Lições de...*, p. 22. De certo modo, no mesmo sentido, Carla Amado GOMES (in *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*. In Estudos de Contratação Pública I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008), pois defende que o contrato administrativo está voltado à prossecução do interesse público.

⁸³ LEITÃO, Alexandra. *Lições de...*, p. 15.

⁸⁴ Por fim, a autora preconiza que “o critério substantivo – do interesse público – que subjaz à qualificação de uma função como materialmente administrativa acaba por condicionar a natureza do contrato adotado por estas entidades (entidades, público ou privadas, no exercício da função materialmente administrativa), que terá de ser sempre um contrato administrativo”. (Ob. cit., p. 24).

mesmo naqueles habitualmente considerados como de direito privado, os poderes administrativos de autoridade estão presentes na fase executória⁸⁵. Enfim, salienta que o disposto no art. 1º, n. 6, do CCP, não esgota os contratos que podem ser qualificados como administrativos, pois basta-lhes visar produzir efeitos sobre relações jurídicas administrativas para que seja qualificado como tal⁸⁶.

Não obstante o entendimento de que todo contrato firmado pela Administração é administrativo, Marcelo REBELO DE SOUSA salienta que nem todos os contratos possuem regime jurídico absolutamente idêntico⁸⁷. Assim, defende que existem graus de administratividade dos contratos administrativos, de acordo com a extensão do direito administrativo que lhes é aplicável:

- a) contrato com grau mais amplo de administrativização são aqueles tradicionalmente considerados administrativos, aplicando-se os princípios fundamentais, vinculações legais permanentes, regime pré-contratual e regime material de direito administrativo;
- b) grau intermediário: contratos da Administração cujo objeto abranja prestações submetidas à concorrência de mercado (art. 5, n. 1, CCP., *a contrario*, contratos para constituição de direitos sobre bens de domínio privado da Administração). Não visam à produção de efeitos sobre relações jurídicas administrativas, possuem um regime material fundamentalmente de direito privado, mas com sujeições aos poderes de autoridade da administração na execução do contrato.
- c) grau mais restrito de administrativização respeita aos contratos da administração não incluídos na alínea *a*) cujo objeto abranja prestações subtraídas à concorrência de mercado (ex: doação de bens à administração), em princípio submetidos ao tribunal judicial.

⁸⁵ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito...– Contratos Públicos, TomoIII*. p. 31. Por fim, arremata que “as normas de direito privado, quando aplicadas à atividade da administração, tem que ser teleológica e sistematicamente mediadas pelos princípios e regras do direito administrativo, o que pode resultar a alteração substancial do teor das soluções delas decorrentes em relação ao que sucederia se a sua aplicação se desse no âmbito de puras relações interprivadas. Assim, as normais de direito administrativo influem forçosamente na interpretação das disposições de direito privado aplicáveis a todos os contratos da Administração; por isto, ainda que fosse integralmente composto por normas oriundas da legislação privada, o regime aplicável a um contrato da administração nunca seria rigorosamente idêntico àquele pelo qual se regeria um contrato civil ou comercial”.

⁸⁶ *Ibidem*, p. 31

⁸⁷ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito...– Contratos Públicos, TomoIII*. p. 38-39.

Perfílo-me a essa última conceituação por entender que os contratos administrativos, em seu sentido amplo, são sempre submetidos aos princípios da atividade administrativa e vinculados à prossecução do interesse público. Além disso, os dispositivos propostos para distinguir contratos administrativos de contratos privados da Administração padecem das mesmas críticas anteriormente fixadas aos critérios existentes, não passando os “novos” critérios de apenas uma “maquiagem” nos antigos na tentativa de sustentar a distinção entre contratos administrativos e contratos submetidos ao Direito Privado da Administração.

A posição acima adotada não caracteriza uma resignação em razão da impossibilidade de se criar um critério diferenciador infalível. Trata-se, na verdade, de reconhecer que os contratos firmados pela Administração terão sempre vinculações específicas do regime jurídico-administrativo, seja na fase de contratação seja na execução. O que distingue o contrato firmado pela Administração dos contratos de direito privado é a autonomia contratual, livre nos segundos e limitada nos primeiros. Aqui reside o critério diferenciador desses contratos e, sendo a atividade administrativa sempre voltada para a satisfação de interesse público, consequentemente todos os contratos da Administração serão administrativos.

O art. 4º, n. 2, alínea c), do CCP não submete contratos de compra e venda, de doação, de permuta e de arrendamento de bens imóveis à qualificação de contratos administrativos. Essa exceção não significaria a manutenção dos contratos de direito privado da Administração? Não, pois ainda haverá a vinculação acima transcrita. O correto seria que para esses tipos de contratos, havendo dois ou mais interessados em contratar e que possuam os requisitos mínimos exigidos pela Administração, o procedimento pré-contratual seria exigência, no intuito de dar tratamento igualitário aos particulares interessados em contratar com a Administração.

Por fim, é necessário realizar duas pontuações: a primeira, observada por Maria João ESTORNINHO⁸⁸, para quem o âmbito dos contratos públicos não está limitado às entidades públicas, podendo ser também celebrado por entidades privadas: “significa que o universo dos contratos públicos não é delimitado em função de um critério puramente orgânico”. Assim, a autora leciona que para a qualificação de um contrato “como contrato público, é decisivo o critério do interesse, nos termos do qual serão contratos públicos aqueles que visam à

⁸⁸ ESTORNINHO, Maria João. *Curso de Direito...*, p. 327.

prossecução de fins de interesse público ou, em alguma medida, possam afetar a prossecução desses mesmos fins”⁸⁹.

A segunda pontuação é com relação à Diretiva Comunitária aprovada em 15 de janeiro de 2014 pelo Parlamento Europeu, revogando a Diretiva 2004/18/CE. O novo regramento comunitário traz, no art. 1º, n. 2, o conceito de contratação pública como “a aquisição, mediante concurso público, de obras, fornecimentos ou serviços por uma ou mais autoridades adjudicantes⁹⁰ a operadores económicos selecionados pelas mesmas, independentemente de as obras, os fornecimentos ou os serviços se destinarem ou não a uma finalidade de interesse público”.

Verifica-se o alargamento do âmbito dos contratos públicos e do regime concorrencial de contratação, abrangendo agora qualquer tipo de contratação realizada no seio das autoridades adjudicantes a ela submetidas, seja ela voltada para a gestão pública ou privada da Administração. Assim, aqueles entendimentos anteriores nos quais os regramentos contratuais estipulados no CCP seriam aplicáveis apenas a contratos que tenham finalidade pública, imediata ou mediata, perdem força, pois a Diretiva da Comunidade Europeia aplicar-se-á a qualquer tipo de contratação pública, tendo ela finalidade de interesse público ou não.

Em aula ministrada no dia 13 de março de 2014, na cadeira “Contratos Públicos”, do Doutorado em Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Maria João ESTORNINHO expressou que a lógica das Diretivas é a ampliação da concorrência em contratações públicas, passando a submeter todas as contratações públicas, exceto aquelas que preveem o regime concorrencial na fase pré-contratual.

Ainda se podem deixar algumas reflexões sobre esse tema. As contratações públicas correspondem, segundo dados do Parlamento Europeu⁹¹, a 18% (dezoito por cento) do PIB da União Europeia, o que deve se repetir proporcionalmente, em maior ou menor grau, em cada

⁸⁹ *Ibidem*. P. 328

⁹⁰ A Diretiva conceitua autoridade adjudicante, no art. 2º, n. 1, 1), como as “autoridades estatais, regionais ou locais, organismos de direito público e associações formadas por uma ou mais dessas autoridades ou organismos de direito público”.

⁹¹ Disponível em <<http://www.europarl.europa.eu/news/pt/news-room/content/20140110IPR32386/html/Parlamento-Europeu-aprova-novas-regras-para-contratos-p%C3%BAblicos-e-concess%C3%B5es>>. Acesso em 13/09/2016, às 10:41.

país. Porém, em países menos industrializados, contratações públicas tendem a ter peso maior na economia. Num momento de crise econômica como o que Portugal vivencia, até que ponto seria interessante abrir o mercado de contratações públicas irrestritamente à concorrência de empresas estrangeiras com sede na União Europeia? As empresas dos países mais desenvolvidos tendem a ter maior eficiência e produtividade, obtendo preços mais competitivos. Essa abertura faria com que as empresas portuguesas perdessem mercado interno, podendo agravar os efeitos da crise.

2.3. O contrato administrativo no Brasil

2.3.1. Histórico

Após a independência do Brasil, em 1822, não houve preocupação com a formulação teórica para se explicar o fenômeno da celebração de contratos por parte da Administração⁹². Na doutrina nacional da época, os autores Prudêncio Giraldes Tavares da VEIGA CABRAL (1859), Vicente PEREIRA DO REGO (1860), e Antonio RIBAS (1861) abordam a questão contratual da Administração superficialmente, apenas descrevem a legislação vigente que versava sobre os regimes de execução para obras públicas, aquisições de bens pelo Estado e “regime de atividades próprias da Administração, como a exploração das minas, passível de concessão”⁹³.

A primeira tentativa de sistematização dos contratos firmados pela Administração e, conseqüentemente, do regime jurídico aplicável, foi escrita por Visconde de URUGUAI. Esse autor afirma que o poder Executivo atua de três formas distintas: como governo, administrador e proprietário. Nessa época existia no Brasil a dualidade de jurisdições, razão pela qual arremata que como governo, “é o poder executivo puro, político e governamental”; na qualidade de Administração, pratica atos administrativos e estaria submetido à jurisdição contenciosa. Na qualidade de proprietário, aí incluídos os contratos, a Administração atua numa relação de

⁹² MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. Ed. única, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 155.

⁹³ *Ibidem*, p. 156.

paridade com o particular mesmo que a lei lhe confira privilégios, sendo os litígios decorrentes dessa relação de competência dos tribunais judiciais. Por fim, URUGUAI realça que a Administração imperial atua com o emprego das prerrogativas, porém, a legislação não oferece garantias suficientes aos particulares, tornando-se uma administração deficiente e arbitrária⁹⁴.

Já no princípio da República⁹⁵, os contratos administrativos entram na pauta dos juristas nacionais em decorrência das concessões de serviços públicos. Há uma corrente que entende serem os contratos de natureza privada, nos quais somente o que está pactuado poderá ser invocado pelas partes (*pacta sunt servanda*). O principal autor dessa corrente era o eminente Ruy BARBOSA (em 1912), para quem a Administração não gozaria de prerrogativas em matéria contratual⁹⁶.

Necessário ainda apontar o posicionamento privatista de Francisco CAMPOS, para quem a concessão de serviço público possuía natureza contratual privada, pois o poder público não poderia, sob pretexto do critério qualidade, imiscuir-se do cumprimento de obrigações e compromissos contratuais. Esse autor entende ser de menor importância a discussão teórica acerca do regime jurídico aplicável a contratos da Administração, pois o que importaria é a preservação dos direitos das partes e o cumprimento das obrigações, independentemente da forma que lhes deram origem⁹⁷.

Posteriormente, inicia-se o processo de estudos acerca da aplicação de um regime especial aos contratos administrativos. Mário MASAGÃO, em 1933, escreve que o contrato não é figura peculiar ao Direito Privado, sendo possível utilizá-lo no Direito Público. Define que a concessão de serviço público é “um contrato de direito público oneroso, sinalagmático e

⁹⁴ URUGUAI, Paulino José Soares de Souza, Visconde do. *Ensaio sobre o Direito Administrativo*. São Paulo: Ed. 34, 2002, p. 138. *Apud* MENEZES DE ALMEIDA, ob. cit., p. 156

⁹⁵ Finais do século XIX, início do século XX.

⁹⁶ BARBOSA, Ruy. *Responsabilidade Civil das Administrações Públicas pela Inobservância dos Contratos*. In Revista dos Tribunais, ano 1, n. 1. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1912. *Apud* MENEZES DE ALMEIDA, ob. cit., p. 158.

⁹⁷ CAMPOS, Francisco. *Direito Administrativo*. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1943. *Apud* MENEZES DE ALMEIDA, ob. cit., p. 159.

comutativo”, concluindo que o regime jurídico é de Direito Público, vez que a Administração pode modificar o contrato para melhor atender o interesse público⁹⁸.

Importante ressaltar que, no período em comento (do início até meados do séc. XX) não havia legislação específica para a contratação pública. Os estudos eram focados no disposto no Código de Contabilidade Pública (Decreto n. 4.536, de 28 de janeiro de 1922) e no seu Regulamento (Decreto n. 15.783, de 8 de novembro de 1922)⁹⁹. Por isso, entendia Hely Lopes MEIRELLES que os tribunais brasileiros julgavam os contratos administrativos em soluções inspiradas no direito privado, mas isso deveria ser combatido para que “não se confine a Administração no estreito campo das relações civis e comerciais, onde só entram em linha de conta os interesses particulares, nem sempre conciliáveis com as necessidades coletivas que o Poder Público deve tutelar e prover”¹⁰⁰.

A doutrina brasileira passa a debruçar-se na temática da contratação pública em razão do aumento das intervenções do Estado na sociedade decorrentes do Estado social.

Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO possuía entendimento distinto da maioria da doutrina, vez que, na legislação existe (Código de Contabilidade Pública e seu Regulamento), em especial do art. 766 do Decreto n. 15.783¹⁰¹, o “suposto” contrato administrativo careceria de previsão autorizativa para o exercício de prerrogativas estatais, e, mesmo que as houvesse, não seriam distintas das condições previstas na legislação civil. Arremata que: “inexiste o contrato público, ou administrativo, com regime jurídico diferente do contrato de direito privado, ou de direito civil, quanto aos elementos que especificam a sua natureza”¹⁰². Essa assertiva do administrativista paulista trata dos contratos de fornecimento, serviço, obra pública, empréstimo público e outros.

⁹⁸ MASAGÃO, Mário. *Curso de Direito Administrativo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1977, p. 285-286. *Apud* MENEZES DE ALMEIDA, ob. cit., p. 158.

⁹⁹ Cfr. MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1966, p. 228. No mesmo sentido: CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977, p. 58.

¹⁰⁰ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 236-237.

¹⁰¹ Decreto Federal n. 15.783, de 8 de novembro de 1922, art. 766: “Os contratos administrativos regulam-se pelos mesmos princípios gerais que regem os contratos de direito comum, no que concerne ao acordo de vontades e ao objeto, observadas, porém, quanto a sua estipulação, aprovação e execução, as normas previstas nesse capítulo”.

¹⁰² BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, volume II. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979, p. 688-689.

Não obstante, o autor firmou suas considerações numa interpretação estritamente legalista da norma (reserva de lei), pois, ao longo de sua exposição, admite que a alteração unilateral do contrato por uma das partes é possível desde que haja previsão legal ou decorrente do acordo de vontades, estabelecida no próprio contrato¹⁰³.

Já sob a concessão de serviço público, Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO vai além e entende que não existe a figura do contrato, pois não se trata de ato jurídico contratual, demonstrando uma clara influência das doutrinas alemã e italiana. Tratar-se-ia de atos unilaterais as concessões para regulamentação, execução de serviços e um contrato acessório, adjeto, acerca da equação econômico-financeira¹⁰⁴.

Por outro lado, surgiram autores que defenderam a existência do contrato administrativo. Seguindo os estudos precursores de Mário MASAGÃO, Hely Lopes MEIRELLES preconiza que contratos de obras públicas e serviços de interesse público se assemelham a contratos previstos no direito privado, sem, no entanto, se confundirem por dois motivos: uma das partes é sempre a Administração Pública: a finalidade contratual é sempre um serviço de interesse público ou uma obra pública¹⁰⁵.

Para MEIRELLES, a Administração pode realizar contratos sob normas de direito privado, em igualdade com os particulares, como os contratos de compra e venda de imóveis. Esses são chamados impropriamente de contratos administrativos apenas pela presença da Administração na relação contratual. Mas os contratos administrativos distinguem-se daquele em função de a Administração participar na qualidade de Poder Público, tendo por alvo um objeto de sua atividade e para a satisfação de um fim público. O que caracteriza o contrato administrativo é a intervenção da Administração na relação jurídica bilateral com supremacia da vontade sobre a outra parte, para fixar as condições em que deseja contratar¹⁰⁶.

Esse autor adotou, portanto, como critério de distinção o regime de sujeição, conforme exposto acima e criticado. Conceitua contrato administrativo como “todo aquele que a Administração Pública, agindo nessa qualidade, firma com o particular ou com a entidade

¹⁰³ *Ibidem*, p. 689.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 689-690.

¹⁰⁵ MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., p. 226.

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 227.

administrativa, para realização de um serviço, execução de obra, ou obtenção de qualquer outra prestação de interesse público, nas condições estabelecidas pela própria Administração”¹⁰⁷.

Tratando das concessões de serviço público, contrapõe-se a Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, pois defende a natureza contratual dos ajustes, submetidos a regras de direito público, bilaterais, onerosos, comutativos e realizados *intuitu personae*. Firma a natureza contratual em razão do acordo de vontades (e não um ato unilateral da Administração), “com vantagens e encargos recíprocos, no qual se fixam as condições de prestação do serviço, levando-se em consideração o interesse coletivo na sua obtenção e as condições pessoais de quem se propõe executá-lo em nome do poder concedente. Sendo um contrato administrativo, como é, fica sujeito a todas as imposições da administração, necessárias à formalização do ajuste, dentre as quais a concorrência pública”¹⁰⁸.

Segue a esse entendimento da existência de contratos administrativos, porém, de forma menos profunda, José CRETELLA JÚNIOR¹⁰⁹, nos moldes do entendimento de Hely Lopes MEIRELLES, inclusive no que tange ao critério de distinção de contratos administrativos – critério do regime de sujeição.

Diogo Figueiredo MOREIRA NETO defende a natureza contratual dos ajustes da Administração em razão de as vontades buscarem um termo de concessões recíprocas em que cada uma visa ao seu próprio interesse (“fusão de vontades”). Porém, para o autor, o que distingue contratos administrativos de contratos de direito privado é a presença da Administração e que ao menos uma das finalidades contratual seja a satisfação de um interesse público¹¹⁰. Adota, portanto, o critério do fim do contrato em conjunto com o critério orgânico, de presença da Administração.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 228.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 315-316.

¹⁰⁹ CRETELLA JÚNIOR, José. *Lições de Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: José Bushatsky, 1970, p. 130-133. Conceitua contrato administrativo como “todo acordo de vontades de que participa a Administração e que, tendo por objeto direto a satisfação de interesses coletivos, está submetido a um regime jurídico de direito público e informado por princípios publicísticos”. Os demais contratos seriam de direito privado, sujeitos ao regime jurídico privatístico.

¹¹⁰ MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971, p. 140-141. Esse autor conceitua o contrato como “manifestação de vontade recíprocas, sendo uma delas da Administração pública, que, unificadas no consenso, tem por objeto a constituição de uma relação jurídica obrigacional, visando atender, com prestações previstas, interesses mútuos dos quais um, ao menos, é público”.

Por fim, Themístocles Brandão CAVALCANTI¹¹¹ entende que os contratos administrativos, apesar de possuírem elementos intrínsecos e comuns aos contratos de direito privado, diferenciam-se desses por existirem cláusulas de supremacia do interesse público, independentemente de previsão expressa no contrato. O critério adotado pelo autor é o da cláusula de sujeição.

Após a exposição do panorama doutrinário, assiste razão Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO. A existência de um contrato administrativo autônomo dogmaticamente e a ausência de previsão legal de poderes exorbitantes contratuais, aliada ao expresse deslocamento previsto no Código de Contabilidade Pública para as normas do Direito privado, conduzem à conclusão da equivalência entre contratos administrativos de obras, serviços etc. e os contratos de direito privado, não havendo qualquer critério de exorbitância de um para o outro. Ademais, as prerrogativas contratuais concedidas a uma das partes poderiam (e podem) ser convencionadas, o que lhes retiram da exclusividade do Poder Público sua aplicação. Esses contratos, mesmo que firmados pela Administração, possuem natureza jurídica de direito privado, não existindo diferenciação de ajustes entre particulares. A existência de um “contrato administrativo” seria apenas para identificar a presença da Administração no acordo.

Por outro lado, o entendimento de Hely Lopes MEIRELLES sobre as concessões de serviço público é o mais acertado. Trata-se de contratos administrativos decorrentes do acordo de vontade entre as partes. Essa conclusão é satisfeita em decorrência dos atributos do ato administrativo: a presunção de legitimidade, a imperatividade, a exigibilidade e a executoriedade¹¹². Mesmo que se fale em ato administrativo bilateral, a manifestação de vontade do particular é apenas pela aceitação ou não dos efeitos jurídicos decorrentes do ato administrativo, impactando na eficácia do ato, ao passo que no contrato há verdadeiro acordo de vontades com a Administração como requisito de existência/validade do ajuste, havendo negociação em relação a aspectos econômicos do contrato – a manifestação de vontade do particular é essencial para a existência do contrato.

¹¹¹ CAVALCANTI, Themístocles Brandão. Ob. cit., p. 54

¹¹² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 401.

Apesar da construção doutrinária, o contrato administrativo não estava expressamente previsto na legislação do período. Distintamente da origem, em França, onde surgiu a construção pretoriana do Conselho de Estado, no Brasil, esse tipo de contrato nasceu da dogmática e progressivamente foi aceito nos tribunais brasileiros¹¹³.

As primeiras legislações a tratarem dos contratos administrativos foram o Decreto-Lei 200/67 e o Decreto-Lei n. 2.300/86. Posteriormente, com a promulgação da Constituição da República de 1988, a Lei n. 8.666/93, Lei n. 8.987/1.995 e a Lei n. 11.079/2.004 regeram as licitações e os contratos firmados pela Administração.

2.3.2. Panorama constitucional em matéria da atividade administrativa

Promulgada em 5 de outubro de 1988, após o período militar (1964-1985), a Constituição da República Federativa do Brasil dedicou, pela primeira vez na história constitucional brasileira, capítulo específico para disciplinar a atividade administrativa, presente no Título III – Da organização do Estado: o Capítulo VII – Da Administração Pública, formada por quatro seções e distribuída em sete artigos (do art. 37 ao art. 43).

A importância dada à atividade administrativa na CF/88, agora com status constitucional, demonstra o cuidado que o legislador constituinte pretendeu dar às formas de atuação do Poder Público, evitando-se ilegalidades e arbitrariedades como as ocorridas no regime de exceção anterior. Outro aspecto formal importante é o posicionamento dessas disposições relativas à Administração anteriormente ao título dedicado à organização dos Poderes, reforçando a vinculação de toda Administração, independentemente da função exercida, ao regramento constitucional.

O art. 37, *caput*, da CR/88, elenca expressamente os princípios aos quais está sujeita a atividade administrativa, sendo eles legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Além desses princípios expressos, há princípios implícitos, aqueles que são

¹¹³ MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. Ed. única, São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 155

decorrentes do próprio Estado de Direito, importando para este trabalho em especial os princípios da indisponibilidade e da prossecução do interesse público. Com relação à indisponibilidade, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO esclarece que “os interesses qualificados como próprios da coletividade não se encontram à livre disposição de quem quer que seja. (...) Em suma, o necessário é encarecer que na administração os bens e os interesses não se acham entregues à livre disposição da vontade do administrador. Antes, para este, coloca-se a obrigação, o dever de curá-los nos termos da finalidade a que estão adstritos”¹¹⁴.

Já o princípio da prossecução do interesse público está relacionado à finalidade da atividade administrativa, devendo sempre perquirir o interesse da coletividade, independentemente do regime jurídico ao qual jaz subordinada a atividade, seja ele de direito público ou de direito privado. Quando se tratar de relações jurídico-administrativas, não resta qualquer dúvida quanto à conexão indissociável da atividade à finalidade de interesse público. Por outro lado, no que diz respeito às atividades de direito privado exercidas pela Administração, a obrigatoriedade de prossecução do interesse público pode ser questionada, uma vez que haverá maior autonomia administrativa no seu agir.

Não obstante, os professores Roberto GAROFOLI e Giulia FERRARI ensinam que a Administração, mesmo atuando submetida ao regime privatístico, prossegue o interesse público, concluindo brilhantemente: “*gli atti di diritto privato dell'amministrazione sono peraltro pur sempre posti in essere nell'esercizio di un'attività volta al perseguimento di un interesse pubblico, partecipando così di una doppia natura, non solo privata ma anche funzionalmente pubblicista: si tratta pur sempre, quindi, di attività amministrativa in senso lato*”¹¹⁵.

Assim, a Administração Pública encontra-se vinculada aos princípios constitucionais da atividade administrativa, não importando a forma e o regime jurídico aplicável. Tanto é assim que a CR/88 impõe a observância desses princípios a empresas públicas ou a sociedades de economia mista que explorem atividade econômica direta em nome do Estado, sujeitas ao regime jurídico próprio das empresas privadas (art. 173, §1º, inciso II), mas submetidas diretamente aos

¹¹⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007, p. 74.

¹¹⁵ GAROFOLI, Roberto; FERRARI, Giulia. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Quarta edizione, Roma: Neldiritto Editore, 2010, p. 471.

princípios da Administração e ao regime público de contratações (art. 173, §1º, inciso III, CR/88).

Em relação à matéria contratual da Administração, a CR/88, no art. 37, inciso XXI, determina que, salvo os casos previstos na legislação, “as obras, serviços, compras, e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações”.

Outra disposição constitucional sobre os contratos administrativos encontra-se no art. 175, *caput*, ao determinar que compete ao Poder Público a prestação de serviços públicos diretamente ou por meio de concessão ou permissão, sendo necessária prévia licitação para a delegação do serviço. A CR/88 delega à lei o regime contratual das concessões, que será discutido posteriormente neste trabalho.

Das disposições constitucionais, podem-se inferir duas situações. A primeira relativa ao procedimento pré-contratual, obrigando a Administração a realizar concorrência para as contratações públicas com igualdade de oportunidade aos interessados que atendam as exigências mínimas para a satisfação do objeto contratual¹¹⁶. O procedimento pré-contratual (licitação) possui dois objetivos, um de natureza econômica, para que a Administração contrate a proposta mais vantajosa, em atenção ao princípio constitucional da economicidade (art. 70, *caput*, da CR/88), e conceder oportunidades iguais aos interessados em fornecer bens ou prestar serviços ao poder público – garantindo a isonomia e a livre concorrência¹¹⁷.

A segunda relacionada diretamente à matéria contratual: a exigência de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato durante toda sua vigência nos mesmos termos da proposta apresentada e adjudicada. Não se vislumbra pela norma constitucional a impossibilidade de existência de cláusulas exorbitantes nos contratos – essa matéria delega à

¹¹⁶ FERRAZ, Luciano de Araújo. Comentários ao art. 37, inciso XXI. In: CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L. (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013, p. 883.

¹¹⁷ *Idem*, p. 884.

norma infraconstitucional, mas se assentou na Constituição do Brasil o direito do contratado ao equilíbrio econômico-financeiro do pactuado¹¹⁸.

Nota-se, ainda, que a CR/88 não criou qualquer distinção com relação aos contratos administrativos ou contratos de direito privado da Administração. A Carta Magna submete toda e qualquer contratação pública aos princípios e às regras administrativas constitucionais, não importando o regime jurídico aplicável à espécie.

2.3.3. Panorama infraconstitucional

A regulamentação dos dispositivos constitucionais acerca da contratação e dos contratos públicos está contida na Lei Federal n. 8.666, de 21 de junho de 1993 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos – LLC), na Lei Federal n. 8.987, de 13 de fevereiro de 1995 (Lei de Concessões e Permissões de Serviços Públicos), na Lei Federal n. 11.079, de 30 de dezembro de 2004 (Lei Geral de Licitação e Contratação de Parcerias Público-Privadas), e legislações posteriores que as alteraram¹¹⁹, aplicando-se subsidiariamente a primeira nos demais procedimentos de contratação e contratos públicos¹²⁰.

Apesar de existirem doutrinadores que entendem não ser a LLC aplicável a qualquer tipo de contratação pública, não seria essa a melhor solução, uma vez que o art. 1º, *caput*, é expresso ao elencar quais os contratos submetidos a essa norma, além dos contratos de concessão e permissão, pois, nas palavras de Jessé Torres PEREIRA JÚNIOR, seria “ocioso destacar, no rol dos contratos sujeitos a regime jurídico-administrativo, aquele que já é, por definição, contrato

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 884, para o qual “o particular contratado pelo Poder Público tem direito subjetivo ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato, mesmo que se reconheça existir regime jurídico especial aos contratos administrativos decorrentes da presença de cláusulas exorbitantes do direito comum”. Note-se que a análise parte da perspectiva dualista de existência de contratos administrativos e contratos de direito privado da Administração, porém, como será analisado a diante, não há, no Brasil, razão de existir.

¹¹⁹ A competência para legislar sobre normas gerais de licitação e contratação é da União, conforme art. 22, inciso XXVII, da CR/88.

¹²⁰ A Lei Federal nº 12.462, de 4 de agosto de 2011, criou o Regime Diferenciado de Contratações, voltado principalmente para prestação de serviços de engenharia (contratação de obras), porém, não será objeto de análise neste trabalho.

administrativo”¹²¹. Para as permissões de serviço público, consideradas atos administrativos no Brasil, esse autor entende por sua aplicação em razão da previsão inserta no art. 175, da CR/88, e no art. 2º, parágrafo único, da LLC.

A Lei Geral de Licitações e Contratos define, no art. 2º, parágrafo único, contrato como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas, seja qual for a denominação utilizada”. Do conceito de contrato, PEREIRA JÚNIOR conclui que as permissões submetem-se a essa legislação por se tratarem de atos administrativos negociais¹²². Na verdade, poder-se-ia ir além e entender que a permissão de serviço público possui natureza contratual, diversa de ato¹²³.

Para finalizar os contornos gerais da legislação relativa à contratação pública, a LLC determina, no art. 54, *caput*, que os contratos administrativos regular-se-ão pelas normas de direito público, aplicando-se supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado. Posteriormente, no art. 62, § 3º, inciso I, determina que as normas estabelecidas para os contratos administrativos nos artigos 55 e 58 a 61 da mesma lei serão aplicadas, no que couber, aos contratos regidos predominantemente por normas de direito privado, tais como os de locação, financiamento e de seguro.

2.3.4. O entendimento doutrinário

Partindo da legislação vigente sobre contratação pública, a doutrina debruçou-se para interpretá-la. Surgiram correntes divergentes quanto à natureza e ao regime jurídico aplicável aos contratos.

¹²¹ PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 33.

¹²² *Ibidem*, p. 34.

¹²³ Em sentido contrário, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (ob. cit., p. 773) sustenta que os “intérpretes mais desavisados” prenderam-se à palavra “contrato” inserida no art. 175 da CR/88, o que, para o autor, tratou-se de deficiência técnica do legislador constituinte.

2.3.4.1. Natureza jurídica

Anteriormente à CR/88 e legislação infraconstitucional, como exposto, não havia divergência doutrinária acerca da natureza jurídica da contratação pública de obras, serviços, compras etc., apenas com relação ao regime jurídico aplicável. Porém, sobre as concessões de serviços públicos, houve a dissensão comandada por Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, como já exposto.

Diante do novo panorama, esperava-se que houvesse consenso com relação a essa matéria, uma vez que a CR/88, no art. 175, inciso I, expressamente previu a figura contratual para formalizar as concessões de serviços públicos. Não obstante, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO, seguindo a doutrina de Oswaldo Aranha BANDEIRA DE MELLO, entende que a concessão é relação jurídica complexa, na qual há um ato unilateral da Administração visando a regulamentação, funcionamento, organização e modo de prestação do serviço e, ato contínuo, um ato-condição por meio do qual o particular voluntariamente aceita a situação jurídica imposta pelo ato unilateral público que o precedeu. Haverá contrato acessório ao ato complexo apenas para tratar das cláusulas econômico-financeiras do contrato¹²⁴.

Por outro lado, a maior parte da doutrina brasileira atualmente fixa o entendimento pela natureza contratual desses ajustes¹²⁵. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO¹²⁶ elenca as várias teorias existentes e conclui que a natureza jurídica da concessão de serviço público é contratual, sujeita a regime jurídico de direito público.

¹²⁴ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio, ob. cit., p. 719-721. Para o autor, “é curioso notar que os doutrinadores que afirmam, muitas vezes, reportados aos ‘contratos administrativos’ em geral – e não apenas a esta espécie ora cogitada –, que neles se contem cláusulas ‘regulamentares’ (as mutáveis) e cláusulas imutáveis atinentes à parte econômica. Essa assertiva faz, de si mesma, prova de que certas disposições que o regulam não integram o contrato. É dizer, não são contratuais, pois não podem ser objeto de avença. Estão à margem da influência da vontade do contratante privado. Em suma: são alheias ao acordo”. Não obstante, entendo que a estipulação unilateral das cláusulas contratuais não desnatura sua natureza contratual, como será posteriormente analisado.

¹²⁵ No mesmo sentido, MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 319; FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 371; além dos já citados na parte da evolução histórica e que atualizaram suas obras.

¹²⁶ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. 18ª ed., São Paulo: Atlas, 2005, p. 276.

Chega a essa conclusão por verificar que “estão presentes todos os elementos caracterizadores de um contrato: acordo de vontades sobre determinado objeto, interesses contraditórios e reciprocamente condicionantes, efeitos jurídicos para ambas as partes”¹²⁷. Para a autora, apesar de existirem elementos fixados unilateralmente pela Administração, decorrentes da própria lei ou do ato convocatório, isso não desvirtua a natureza contratual, pois o objeto contratual somente se aperfeiçoa com a manifestação de vontade de ambas as partes, além da negociação do aspecto econômico do contrato¹²⁸.

SÉRVULO CORREIA aponta que, nos contratos, há necessariamente a conjugação de vontades entre a Administração e o particular para a produção dos efeitos de direito, diferenciando-se dos atos bilaterais por se tratar de duas vontades de igual valor. Nos atos administrativos, a definição da situação jurídico-administrativa é unicamente da Administração, servindo a conduta do particular apenas para criar os requisitos legais do exercício de poder¹²⁹.

Arremata o autor que a distinção entre o contrato administrativo e o ato depende do papel que o particular tem na estrutura do ato, e sintetiza: “se, no plano estrutural, a manifestação de vontade do particular surge como requisito de existência, está-se perante um contrato. Pelo contrário, o acto será unilateral quando aquela manifestação apenas constituir requisito de legalidade (actos dependentes de requerimento) ou de eficácia (actos sujeitos ao consentimento) da definição da situação jurídico-administrativa”¹³⁰.

De tal modo, mesmo a Administração estipulando os elementos contratuais, como nos contratos de adesão, e o ato de adjudicação ser ato administrativo unilateral, a manifestação de vontade do particular é requisito de existência para que se produzam efeitos, razão pela qual se trata indubitavelmente de contrato.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 276.

¹²⁸ José Luis MEILÁN GIL (*in La estructura...*, p. 135-137) afirma que o processo de contratação pública é uma sequência de atos, encerrada no ato administrativo de adjudicação – manifestação unilateral produtora de consequências jurídicas, que integra o consentimento do particular, momento no qual se encerra o procedimento e origina o contrato.

¹²⁹ O autor ainda trata da distinção com o contrato de adesão, uma vez que esse consagra a sujeição de uma parte ao poder discricionário de outra. Porém, a criação, a modificação ou a extinção da relação jurídico-administrativa pressupõem o acordo de vontades para de efeito jurídicos, o que a diferencia do ato administrativo.

¹³⁰ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade e Autonomia...*, p. 350.

A CR/88 e a Lei n. 8.987/95 não deixam dúvidas quanto à natureza contratual das concessões. Além dos aspectos já apresentados pela autora paulista para delinear a natureza contratual, a qual perfil e que por si já encerraria discussões mais pormenorizadas (e já foi objeto de exposição sucinta no tópico relativo à evolução histórica dos contratos no direito brasileiro), a doutrina minoritária prende-se à possibilidade de modificação unilateral por parte da Administração do modo de execução, regulamentação etc. – cláusulas regulamentares do contrato.

A autonomização do contrato administrativo frente ao contrato privado surgiu exatamente de prerrogativas de autoridade (ou cláusulas exorbitantes) do Poder Público em matéria contratual, ou seja, esse poder é subjacente à própria figura do contrato administrativo. A possibilidade de alteração unilateral do contrato decorre da modificação do interesse público no tocante à contratação, sendo que o contrato deve se adequar à nova realidade, desde que garantido o equilíbrio econômico-financeiro contratual. Esse poder de alteração é ainda mais significativo nos contratos de longo prazo, como as concessões e as parcerias público-privadas. Ademais, como acima relatado, os poderes de alteração unilateral do contrato, bem como cláusulas penais e outras que são consideradas exorbitantes nos contratos administrativos, podem ser invocadas nas relações submetidas ao direito privado, desde que inicialmente pactuadas no instrumento contratual.

Não podemos ainda desconsiderar que a Administração Pública atual, pluralista, multifacetada e consensual vem modificando sua forma de atuação, substituindo o seu agir consubstanciado na prática de atos unilaterais de autoridade “por um instrumento contratual, o que traduz o exercício de uma forma de atividade consensual”¹³¹.

Algumas especificidades da legislação acerca da contratação pública e do contrato administrativo brasileiro levam-nos, no entanto, a crer que se trata, em regra, de contrato de

¹³¹ OTERO, Paulo. *O Poder de Substituição em Direito Administrativo*. Lisboa: Lex, 1995. Apud KIRKBY, Mark Bobela-Mota. Ob. cit., p. 91. No Brasil, Odete MEDAUAR (in *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 210) entende que “ao lado do clássico contrato de direito público entre Administração e particular (pessoa física ou jurídica), para prestação de serviços, realização de obras e fornecimento de materiais, disseminam-se acordos entre Administração e grupos ou entidades representativas de interesses; e difunde-se a atuação administrativa para propiciar acordos que possibilitem compatibilização de interesses”.

adesão. Esse tipo contratual é caracterizado pela imposição unilateral das cláusulas contratuais por uma das partes, sem a possibilidade de discutir ou modificar substantivamente o conteúdo¹³².

A LLC, nos art. 38, inciso X e parágrafo único, art. 40, § 2º, inciso III, e art. 62, § 1º, e a Lei das Concessões e Permissões de Serviço Público, art. 18, inciso XIV, bem como o art. 11, caput, da Lei Federal nº 11.079/2004, Lei Geral das Parcerias Público-Privadas, exigem que no edital ou no ato convocatório da licitação conste a minuta do respectivo contrato, devidamente examinada e aprovada pela assessoria jurídica da Administração. Há ainda o princípio específico das licitações da vinculação ao instrumento convocatório, previsto no art. 41 da LLC, por meio do qual a Administração é obrigada a respeitar as regras previstas no edital de licitação¹³³.

Dessas normas infraconstitucionais infere-se que a Administração, ao contratar por meio de licitação pública, predetermina todas as cláusulas contratuais, sendo objeto de negociação apenas o aspecto econômico do contrato. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO afirma que, pelo instrumento convocatório, a Administração faz uma oferta pública a todos os interessados, “fixando as condições em que pretende contratar”, sendo a apresentação de proposta pelo particular equivalente à aceitação da oferta¹³⁴.

Arremata a professora paulista que mesmo quando o contrato não é precedido de licitação, é a Administração que fixa as cláusulas contratuais, vinculadas às leis e ao princípio da indisponibilidade do interesse público¹³⁵. Porém, nos casos em que a licitação é dispensada, dispensável ou inexigível, conforme a LLC, art. 17, inciso I e alíneas, art. 24 e incisos, e art. 25 e incisos, a Administração possui certa autonomia, limitada e condicionada pelos princípios administrativos e pela própria LLC (v.g., o art. 55) para definir as cláusulas contratuais, podendo negociar com o contraente privado algumas delas, ou seja, podem ser discutidos os termos contratuais.

Por todo o exposto, não nos restam dúvidas quanto à natureza contratual das contratações de empreitadas de obras públicas, prestação de serviços, fornecimentos, concessões e permissões de serviços públicos e de parcerias público-privadas, sendo, em regra, contratos de adesão.

¹³² Essa definição é dada pela Lei Federal n. 8.078/90, o Código de Defesa do Consumidor brasileiro.

¹³³ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. cit., p. 542

¹³⁴ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ob. cit., p. 255

¹³⁵ *Ibidem, ibidem*.

2.3.4.2. Regime jurídico

Das certezas relacionadas à natureza jurídica ao mundo incerto do regime jurídico dos contratos administrativos¹³⁶, os panoramas constitucional e infraconstitucional foram demonstrados em momento anterior neste trabalho. Recapitulando, a CR/88 não cria qualquer distinção em relação a contratos públicos (art. 37, inciso XXI), ao passo que a LLC trata de todos os contratos que a serem firmados pela Administração (art. 1º), porém indica que serão aplicados supletivamente os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado (art. 54, *caput*), além criar uma categoria contratual regida predominantemente pelas normas de direito privado (art. 62, § 3º, inciso I).

Em função dessa categoria, alguns doutrinadores sustentam que permanece a distinção entre contratos de direito privado da Administração e contratos administrativos. Hely Lopes MEIRELLES adota o critério do regime jurídico para diferenciar um contrato do outro, pois defende que é a participação da Administração, com toda a carga valorativa do seu regime jurídico próprio, que tipifica o contrato administrativo¹³⁷. No mesmo sentido, Vitor Rhein SCHIARATO sustenta que os contratos firmados pela Administração são diversificados, razão pela qual é impossível a adoção de um regime jurídico único¹³⁸.

¹³⁶ Vera MONTEIRO (in *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo: 2009, p. 46) afirma que a busca por um critério que defina o contrato administrativo no Brasil é inglória.

¹³⁷ MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 202. Nas palavras do autor: “não é o objeto, nem a finalidade pública, nem o interesse público que caracterizam o contrato administrativo, pois o objeto é normalmente idêntico ao do Direito Privado (obra, serviço, compra, alienação, locação) e a finalidade e o interesse público estão sempre presentes em quaisquer contratos da Administração, sejam públicos ou privados, como pressupostos necessários de toda atuação administrativa. É a participação da Administração, derogando as normas de Direito privado e agindo *publicae utilitatis causa*, sob égide do Direito Público, que tipifica o contrato administrativo.”

¹³⁸ SCHIARATO, Vitor Rhein. *A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, p. 51-69, jun. 2013. Apesar de chegar a essa conclusão, o autor reconhece que no Brasil, hoje, é aplicado indistintamente o regime jurídico público a todos os contratos firmados pela Administração, propondo que seja revista a legislação para a criação de regimes distintos nas contratações públicas.

Já Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO diferencia-os pelo regime jurídico aplicável, sendo, nos primeiros, o regime jurídico-privado e, nos segundos, as regras e princípios hauridos no Direito Público. Por outro lado, esses contratos são semelhantes quanto a condições e formalidades para a estipulação e a aprovação, submetidas ao regime jurídico-administrativo de contratação¹³⁹.

No mesmo sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO reconhece a natureza contratual e tentativa do constituinte em publicizar todos os contratos firmados pela Administração, porém acredita que o regime será diferente de um para outro com base no critério das cláusulas exorbitantes, decorrentes do regime jurídico administrativo. A relação substantiva dos contratos de direito privado serão de horizontalidade, marcada pela paridade entre os contraentes, ao passo que nos contratos administrativos haverá verticalidade com fundamento nas cláusulas exorbitantes¹⁴⁰. Complementando, a semelhança entre um contrato e outro será no que tange ao procedimento prévio a ser observado pela Administração¹⁴¹.

A autora elabora, assim, a classificação para os contratos firmados pela Administração:

- a) Contratos de direito privado, regidos pelo direito privado parcialmente derogado pelas normas publicistas;
- b) Os contratos administrativos, divididos em:
 - b.1) Contratos tipicamente administrativos, em que não há paralelo no direito privado e “inteiramente regidos pelo direito público, como a concessão de serviço público, de obra pública e de uso de bem público”¹⁴²;
 - b.2) Contratos que têm paralelo no direito privado, mas regidos pelo direito público, como o mandato, o empréstimo e a empreitada.

¹³⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. Ob. cit., p. 621. Importante lembrar que esse autor não perfila da existência do contrato administrativo, pois, trata-se, na verdade, de atos complexos da Administração, dependentes de aceitação do particular. No mesmo sentido, o Prof. Hely Lopes MEIRELLES (*in Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001, p. 201) entende que há até mesmo contratos de Direito Privado puros da Administração, mas entende que a matriz de ambos os tipos contratuais é a mesma: a teoria geral dos contratos.

¹⁴⁰ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *Direito Administrativo*. Ob. cit., p. 240-247.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 249.

¹⁴² *Ibidem*, p. 245.

Para DI PIETRO, nos contratos administrativos, as cláusulas exorbitantes existem mesmo que não expressamente previstas no instrumento contratual, pois decorrem da lei e “são indispensáveis para assegurar a posição de supremacia do Poder Público sobre o contratado e a prevalência do interesse público sobre o particular”¹⁴³. Já nos contratos de direito privado, pode haver cláusulas exorbitantes, mas elas devem estar expressamente previstas no contrato. Parece-nos que essa tem sido a orientação seguida pelo Superior Tribunal de Justiça brasileiro, conforme o acórdão RMS 32263/RJ¹⁴⁴, julgamento em 20/11/2012.

Num momento transitório entre uma e outra interpretação está Odete MEDAUAR, para quem a presença da Administração na relação contratual torna difícil a aplicação plena do Direito Privado. Assim, cria três categorias contratuais: contratos administrativos clássicos, regidos pelo Direito Público, contratos regidos parcialmente pelo direito privado (ou semipúblicos) e figuras contratuais recentes, como os convênios e contratos de gestão, regidos precipuamente pelo direito público¹⁴⁵. A autora reconhece a publicização dos contratos de Direito Privado firmados pela Administração, pois pouco resta desse regime jurídico neles¹⁴⁶. Por isso, o entendimento da autora ficou no “meio do caminho”.

Toshio MUKAI adota essa linha ao afirmar que a Administração pode se utilizar de contratos de direito privado, mas deverá sempre atender a um fim público, ainda que não imediato, inexistindo autonomia tal como nos contratos de direito privado. A Administração celebra, na terminologia do autor, contratos públicos, pois nele estarão abrangidos os contratos em que há a presença das cláusulas exorbitantes e os que não as contenham¹⁴⁷. No mesmo

¹⁴³ *Ibidem*, p. 246.

¹⁴⁴ Assim diz o Acórdão: “No presente caso, o objeto do contrato não consiste em prestação de serviço público, tampouco traduz diretamente uma utilidade pública fruível pelos administrados. O traço de verticalidade e a posição do ente público como detentor do *jus imperium* se fazem menos presentes nesse tipo de contrato de Direito Privado da Administração, embora lhe seja natural a incidência de algumas normas derogadoras do direito comum, que se manifestam pelas denominadas cláusulas exorbitantes. Considerando-se que se trata de contrato predominantemente de Direito Privado, deve prevalecer, em princípio, a vontade manifestada no momento da celebração, em que se consignou que o Município “poderá rescindir unilateralmente, a qualquer tempo, quando houver interesse público e conveniência da Administração Pública”.

¹⁴⁵ MEDAUAR, Odete. *O Direito Administrativo Moderno*. 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 207.

¹⁴⁶ *Ibidem*, p. 225.

¹⁴⁷ MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 8. Ed. Rev. E atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 142-143. Complementa o autor: “Verifica-se que, mesmo naqueles contratos ditos privados da Administração, comumente incidem normas de direito público financeiro e administrativo de caráter procedimental, recaindo sobre eles, então, os princípios próprios do direito público e não os de direito privado. Para nós, portanto, todos os contratos

sentido, Vera MONTEIRO afirma que não existe distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração, havendo dois critérios principais para sua identificação: o subjetivo, por ser a Administração parte na relação contratual, e o critério formal, pela existência de cláusulas exorbitantes¹⁴⁸

Por fim, uma corrente relativamente recente surge defendendo que não há mais distinção entre os contratos firmados pela Administração. Lúcia Valle FIGUEIREDO advoga que a Administração, quando figurar em um dos polos da relação contratual, submete-se a regras restritivas da liberdade contratual decorrentes do direito público, condição que já os diferencia dos contratos de direito privado. Ademais, o objeto contratual sempre será o interesse público mediato ou imediato¹⁴⁹. A autora ainda ressalta que essa distinção no Brasil não faz sentido, pois vige no país a jurisdição única, diferentemente dos países que adotam a dualidade de jurisdição¹⁵⁰.

Coerente com o exposto no capítulo acerca do contrato administrativo português, perfilho à última corrente. No caso brasileiro, há dois motivos para defender a inexistência dos contratos de Direito Privado da Administração. O primeiro deles de índole constitucional: a CR/88 publicizou todos os contratos da Administração, conforme os artigos 37, inciso XXI e art. 173, § 1º, inciso III, da CR/88, e o segundo quanto ao procedimento de contratação e ao equilíbrio econômico de todos eles, não criando distinção entre um e outro.

Ademais, a Administração, em todas as suas atividades, está voltada para a satisfação do interesse público, razão pela qual sempre se vinculará aos princípios e às regras do regime

celebrados pela Administração Pública, sejam os administrativos ou sob forma de direito privado, são ‘contratos públicos, porque têm sua referência a um objeto de direito público (interesse público-administrativo ou serviço público)’”.

¹⁴⁸ Ob. cit., p. 47.

¹⁴⁹ FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003, p. 496-497. No mesmo sentido: FARIA, Edimur Ferreira de. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 334-335. Curioso notar que o Prof. Hely Lopes MEIRELLES (in *Direito Administrativo Brasileiro*, 2001, p. 202-203), apesar de manter a distinção entre contratos privados da Administração e contratos administrativos, admite que todos os contratos da Administração devem ser submetidos à licitação e serão vinculados ao interesse e finalidade pública como pressuposto do contrato, concluindo que os contratos teriam natureza “semipública”.

¹⁵⁰ Aqui deve ser feita a ressalva de que a importância da qualificação do contrato administrativo não está apenas no aspecto processual, uma vez que sua classificação como tal impacta no regime substantivo da fase pré-contratual e contratual.

jurídico-administrativo, em menor ou maior escala. Na mesma linha de Marcelo REBELO DE SOUSA, entendo que todos os contratos firmados pela Administração são regidos em maior ou menor escala pelo Direito Público, o que os torna administrativos. Porém, eles não terão regimes jurídicos absolutamente idênticos¹⁵¹. Por isso, adiro à teoria por ele proposta dos graus de administratividade dos contratos, adaptada à realidade do direito brasileiro. Adota-se, portanto, a seguinte classificação para os contratos:

a) Contratos administrativos puros: são os contratos regidos puramente pelas regras de direito público, cujas as prerrogativas e sujeições do contraente privado existem independentemente de previsão contratual, pois são inerentes à própria relação regida pelas normas jurídico-públicas – como os contratos de subordinação, sem paralelo no direito privado. São exemplos contratos de concessão de serviços públicos e concessão de obras públicas, parcerias público-privadas, contratos substitutivos de atos administrativos, termos de parceria etc¹⁵².

b) Contratos administrativos clausulares: são os contratos que possuem paralelo no Direito Privado, mas são utilizados pela Administração na prossecução de seus fins. Nesses contratos, a Administração apenas pode impor unilateralmente determinada conduta ao contraente particular se estiver expressamente prevista no instrumento contratual. São exemplos contratos de empreitada de obras públicas, de prestação de serviços, de compra e venda etc.

c) Contratos interadministrativos¹⁵³: são os contratos em que a Administração formula acordo de vontade com outra entidade administrativa de direito público, seja ela da mesma esfera federativa ou não, para a prossecução de interesse público. Esses contratos podem ser horizontais, em que as entidades estarão vinculadas por obrigações e deveres equivalentes e em relação de paridade,

¹⁵¹ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito... – Contratos Públicos, Tomo III*, p. 38-39.

¹⁵² Destaca-se que este entendimento não é unânime. Kleber Luiz ZANCHIM (*in Contratos de Parcerias Público-Privadas – Riscos e Incertezas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 78) entende que nos contratos de concessão somente poderão existir cláusulas exorbitantes se previstas contratualmente, como direitos e obrigações das partes. Apesar do entendimento desse autor, entendemos que as prerrogativas contratuais nas concessões decorrem do próprio regime jurídico público, sendo que o concessionário é garantido pela cláusula de reequilíbrio econômico-financeiro se exercitado o direito pela Administração.

¹⁵³ LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. Tese de Doutorado, Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2011, p. 197-202. Apesar de inspirado por suas ideias, a autora utiliza essa nomenclatura em outro sentido. Em sua concepção, os contratos verticais são aqueles firmados entre pessoas coletivas públicas de grau diferente. Já os contratos horizontais são partes pessoas coletivas de igual ordem (ex: contrato entre ministérios).

ou verticais, nos quais uma das entidades submete-se a poderes exorbitantes da outra por força das cláusulas contratuais. São exemplos convênios, consórcios públicos e contratos de gestão.

Os contratos administrativos puros correspondem àqueles contratos que são administrativos por natureza, com o maior grau de incidência do direito público. Nesses contratos, o direito substantivo aplicado é especificamente o do regime jurídico-administrativo, posto que são emanções tipicamente do Poder Público e sem equivalentes no direito privado.

Os contratos administrativos clausulares, por possuírem contratos semelhantes no direito privado, serão exorbitantes naquilo que for inserido nas cláusulas contratuais e que destoem do direito privatista. Essa solução visa à proteção do contraente particular, no intuito de dar maior segurança jurídica à relação negocial, na vertente da tutela da confiança¹⁵⁴. Interessante a lição de Mark Bobela-Mota KIRKBY, para quem “os aspectos como a invalidade contratual, a natureza dos atos endocontratuais praticados pelo contraente público, ou os regimes das modificações objetivas, subjetivas ou do incumprimento do contrato são aspectos que devem ser conhecidos *ab initio* pelas partes, porque proporcionam a formação da sua vontade de contratar e o conteúdo do próprio contrato”¹⁵⁵.

Pode-se argumentar que esse entendimento lesa o interesse da Administração, pois abdicaria de seus poderes de conformação na relação contratual, impedindo-a de exercer suas prerrogativas quando houver mutações posteriores do interesse público¹⁵⁶. Na realidade brasileira, a Administração define unilateralmente todas as cláusulas regulamentares do contrato anteriormente ao próprio lançamento do caderno de encargos, sendo objeto de negociação apenas a parte econômica. Na fase de elaboração do instrumento contratual, a Administração pode prognosticar quais pontos do contrato podem sofrer alterações no curso de sua execução,

¹⁵⁴ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Conceitos e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate acadêmico com e em homenagem ao senhor professor Sérvulo Correia*. in Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. II. Coimbra: Coimbra, 2010, p. 781.

¹⁵⁵ KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Conceitos e critérios...*, p. 782-783

¹⁵⁶ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito... – Contratos Públicos, Tomo III*. p. 35-36. Ressalte-se que os eminentes autores adotam essa posição em face do Direito Português, para o qual a fase de negociação dos termos contratuais é posterior à escolha do contraente particular. No mesmo sentido, mas de forma distinta, Carla Amado GOMES (in *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*. In Estudos de Contratação Pública I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 526) defende que o poder de modificação unilateral do contrato é “poder-dever irrenunciável da avaliação estratégica das prioridades do interesse público por parte da Administração, sendo um fundamento extracontratual”. Assim, seu fundamento é sempre subjetivo: a reponderação dos interesses públicos incidentes no contrato (p. 543).

mormente em contratos com prazo máximo de 5 anos (art. 57, incisos I, II e IV da LLC), sendo a regra geral o prazo de 1 ano (art. 57, *caput*, da LLC).

Outro ponto polêmico é a previsão legal das prerrogativas administrativas serem limitadas pelo instrumento contratual. As leis que regem os contratos não determinam a incidência das prerrogativas indiscriminadamente, apenas discriminam as situações em que poderão ser exercidas. Sendo pactuada a não incidência de algumas das cláusulas exorbitantes, não há ilegalidade, apenas uma escolha administrativa de não sujeitar determinado contrato àquela prerrogativa. O art. 65, *caput*, da Lei Federal nº 8.666/93, que trata dos poderes de alteração unilateral do contrato por parte da Administração, traz a locução “poderão ser alterados”, não impedindo que se limite o exercício das prerrogativas às hipóteses elencadas no instrumento contratual.

Ademais, Carla Amado GOMES, defensora da administratividade e da aplicação do regime substantivo a todos os contratos firmados pela Administração, advoga que a existência de poderes não implica o exercício deles. Acresce ainda que o investimento do particular está salvaguardado pelo lucro obtido na relação contratual, num *quantum* que não obteria numa relação privada¹⁵⁷.

Com relação à primeira assertiva, concordo que a existência não pressupõe a prática de forma arbitrária, porém, na realidade brasileira, é o que se verifica: os poderes exorbitantes são utilizados indiscriminadamente pela Administração, fundados num suposto interesse público que justificaria a atividade administrativa. Mas, na prática, o Poder Público utiliza-se das prerrogativas aleatoriamente, servindo até mesmo como mecanismo de sanção ao contratado, isso quando não são utilizados por interesses dos administradores, que exorbita a pretensão objetiva deste trabalho.

Já no que tange à segunda assertiva, discordo do entendimento adotado pela eminente autora porque a lógica pode ser contrária: não seriam os lucros nos negócios públicos das empresas privadas maiores exatamente por falta de segurança jurídica na relação contratual? Não se estaria num campo econômico no qual prevalece a máxima quanto maior o risco, maior o

¹⁵⁷ GOMES, Carla Amado. *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*. In Estudos de Contratação Pública I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 561.

ganho? Em momento posterior, tratar-se-á da distribuição do risco contratual e o impacto ela traz na formulação das propostas e no regime de execução dos contratos.

Os contratos interadministrativos são negócios jurídicos celebrados entre entidades administrativas e, em regra, numa relação de paridade, podendo, no interesse das partes, haver poderes exorbitantes de uma entidade em relação à outra.

Não se pode esquecer que numa lógica consensual da atividade administrativa, a Administração pode celebrar acordos endocontratuais para a melhor satisfação do interesse das partes. Para Carla Amado GOMES, o acordo endocontratual é “uma forma pactícia de promoção da execução, que pode ser utilizada sempre que dos efeitos pretendidos nada resulte em contrário e que deve obedecer à forma escrita”¹⁵⁸, algo que já é permitido pela legislação brasileira sobre contratos administrativos, v. g., o art. 65, inciso II, e art. 79, inciso II, da LLC. Portanto, deve-se buscar é o alargamento desses mecanismos consensuais de conformação contratual.

2.4 Interpretação dos contratos administrativos

A interpretação dos contratos administrativos está intimamente ligada ao agir administrativo e, conseqüentemente, à persecução do interesse público. Para Marcello CAETANO, ela “consiste em determinar o sentido duvidoso de um texto, fixando seu significado objetivo”¹⁵⁹. Assim, é necessária a partir do momento em que os contraentes dão significados distintos a uma mesma estipulação contratual, sendo ambas as situações justas e possíveis, nascendo um litígio na execução do contrato, ou quando o texto do instrumento contratual não dispôs seu significado de forma clara e precisa o seu significado, suscitando dúvida em um dos contraentes.

Houve países em que, dado o regime ao qual eram submetidos os contratos administrativos, a interpretação fazia parte dos poderes exorbitantes da Administração, ou seja, por meio de ato administrativo endocontratual, o Poder Público poderia fixar a interpretação do

¹⁵⁸ Ob. cit., p. 562.

¹⁵⁹ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, vol. I. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 1984, p. 611.

contrato em determinado sentido, evitando-se, assim, divergências entre contraentes público e privado.

Em Espanha, a legislação previa esse poder de interpretação contratual. Conforme Eduardo García de ENTERRÍA, *“se trata, en efecto, de evitar las posibles divergencias entre la Administración y el contratista puedan traducirse en un perjuicio para el interés público, como inevitablemente ocurriría si, producidas éstas, hubiera de quedar en suspenso la ejecución de la obra o la prestación del servicio hasta tanto se resolviese en firme la controversia por el juez competente”*¹⁶⁰. Esse autor faz a ressalva de que não se trata da Administração poder decidir livremente sobre o alcance real do pactuado, mas apenas assegurar uma decisão provisória que permita continuar a obra ou o serviço contratado sem interrupções prejudiciais ao interesse público. Assim, a decisão unilateral e executória administrativa da interpretação é relativa, pois é precária e pode ser contestada judicialmente.

Em Portugal, Maria João ESTORNINHO defendia que, apesar de não haver a previsão expressa de um poder de interpretação unilateral por parte da Administração, ela acabava por se diluir em outras prerrogativas exorbitantes, especialmente na alteração unilateral do contrato. Por fim, arremata a autora que “ainda que se considere tratar-se de uma atividade autônoma (a interpretação do contrato), começa hoje a reconhecer-se que a sua especificidade estará, não na própria natureza da faculdade de interpretar, mas, quando muito, na forma como a Administração a pode utilizar”¹⁶¹.

Em meu entendimento, o uso do poder de modificação unilateral das cláusulas para “interpretar” o contrato, ou moldá-lo à interpretação favorável à Administração, padece do vício de finalidade e motivo, podendo ser questionado judicialmente. Esse “poder” de interpretar unilateralmente as cláusulas contratuais cria um Leviatã, pois a Administração tem o poder de criar o contrato, de modificá-lo unilateralmente e ainda de interpretá-lo, traços de uma

¹⁶⁰ ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, 5ª ed., Madrid: Civitas, 1987, p. 701. Compete ressaltar que esse entendimento dos eminentes professores espanhóis foi realizado de acordo com a legislação vigente à época, o que hoje já não se sustenta.

¹⁶¹ ESTORNINHO, Maria João. *Requiem...*, p. 122 e ss.

Administração Pública autoritária¹⁶², o que já não é a realidade da atividade administrativa, tendente à busca por soluções consensuais.

A atividade administrativa contemporânea deve perseguir a satisfação do interesse público. Não obstante, não há mais espaço para uma Administração autoritária, que impõe sua vontade aos administrados: a Administração deve privilegiar os métodos consensuais de agir, despendo-se dos mecanismos unilaterais, ganhando em legitimação.

Quando surgir dúvida acerca da interpretação de um contrato administrativo, deve-se ter em mente dois vetores igualmente relevantes: a satisfação do interesse público geral, inerente à atividade administrativa, e o resultado particular visado pelo contrato, o objeto do negócio jurídico firmado entre as partes¹⁶³. Assim, por um lado o contrato está vinculado à satisfação do interesse público geral, mas, por outro, não deixa de ser um contrato, mesmo que desigual para as partes, conectando obrigatoriamente as partes, a Administração e o particular¹⁶⁴.

Estando as partes vinculadas obrigatoriamente ao contrato, a reciprocidade de interesses, que hoje é possível dado o novo modo de agir da Administração, e a sua satisfação induzem à eficácia contratual e, conseqüentemente, do interesse público a ele subjacente.

Apesar de inserido num contexto em que os contratos administrativos eram taxativos, ou seja, apenas aqueles previstos pela legislação como tal, o Marcello CAETANO leciona que contratos administrativos não podem ser interpretados da mesma forma que contratos de direito privado, pois possuem caracteres peculiares de Direito Administrativo¹⁶⁵.

Para ele, as cláusulas obscuras podem ser esclarecidas de acordo com o “anúncio da concorrência ou seu respectivo programa” (no Brasil, o edital de licitação, anexos e documentação da fase interna). Assim, entende que os atos preparatórios, ou seja, o anúncio da

¹⁶² Jorge Andrade SILVA (in *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009, p. 695) explica que o agir administrativo há muito deixou de buscar soluções autoritárias, “reconhecendo-se que extravasava os limites do razoável e justo, não obstante a natureza pública do contrato”.

¹⁶³ NERY, Ana Rita de Figueiredo. *Consensualismo e Interpretação dos Contratos Administrativos*. In *Direito Privado Administrativo*, org. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. São Paulo: Atlas, 2013, p. 93.

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 94. No mesmo sentido, Jorge Andrade SILVA (ob. cit., p. 695), Marcello CAETANO (ob. cit., p. 611). Para esses autores, a satisfação dos interesses do particular no contrato administrativo é um incentivo à eficácia do contrato, pois se mantêm as vantagens recíprocas advindas da relação, sempre vinculadas à realização dos fins administrativos.

¹⁶⁵ CAETANO, Marcello. *Manual de Direito Administrativo*, vol. I. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 1984, p. 610.

concorrência, os esclarecimentos prestados aos interessados etc., podem ser utilizados na interpretação contratual, ao contribuírem para o entendimento do que foi proposto no momento da contratação, mas nunca substituir a letra do contrato¹⁶⁶. Ademais, nos contratos em que a própria lei define as bases contratuais, “a sua reprodução no instrumento do contrato conduz à interpretação segundo a hermenêutica legislativa”¹⁶⁷.

Não perfilamos com último entendimento: aplicando-se a interpretação segundo a hermenêutica legislativa, chegar-se-á, na maioria das vezes, a interpretações que não resguardem o interesse do contraente particular, uma vez que a lei visa (ou deveria visar) ao interesse da coletividade exclusivamente. A lei, geral e abstrata, pretende abranger a maior parte de situações possíveis, não as individualizando, obrigando a todos aqueles aos quais é direcionada. Ademais, conduziria à espécie de um poder geral de interpretação da Administração, pois, se o Estado elabora a norma, ele poderá alterá-la para o atendimento de seu interesse. O contrato, por outro lado, fixa, em geral, direitos e obrigações inter partes, devendo sua interpretação ser realizada nos limites em que foi celebrado, a vontade das partes manifesta e a boa-fé objetiva¹⁶⁸.

Nos dias atuais, Marcelo REBELO DE SOUSA defende que os contratos administrativos não podem ser interpretados segundo a lógica do direito privado, pois essa leitura conduziria a possíveis soluções que afastaria a necessária vinculação da atividade administrativa à prossecução do interesse público. As regras de interpretação serão dedutíveis do próprio regime jurídico aplicável aos contratos administrativos, ou seja, o regime jurídico administrativo¹⁶⁹. Assim, a interpretação do contrato deverá ser orientada por uma finalidade predominantemente objetiva: “o sentido da declaração negocial é, não o que as partes lhe quiseram dar, mas aquele que lhes é atribuído por uma pessoa normal; contudo, o sentido subjetivo deve prevalecer sempre que a vontade real de uma das partes seja pela outra conhecida”¹⁷⁰.

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 611.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 613-614.

¹⁶⁸ LEITÃO, Alexandra. *Lições de...*, p. 216.

¹⁶⁹ SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito... – Contratos Públicos, Tomo III*, p. 122.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 122.

Alexandra LEITÃO leciona, ainda, que, por expressa previsão no CCP, aplicam-se os princípios da boa-fé, de cooperação recíproca, do dever de informação e do interesse público sobre os contratos administrativos¹⁷¹.

No Brasil, Hely Lopes MEIRELLES defende que o conteúdo do contrato é a vontade expressa pelas partes no momento da formalização, por isso, as cláusulas deverão ser fiéis ao objeto do ajuste e definirem com precisão os deveres e as obrigações dos contraentes¹⁷². Essa interpretação dada pelo autor desconsidera que o contrato administrativo, tal como o existe no Brasil, é de adesão, pois a Administração estipula unilateralmente as cláusulas contratuais, não havendo manifestação de vontade do particular sobre os termos contratuais.

Por outro lado, Leon Frejda SZKLAROWSKY defende que a interpretação deve sempre ter em vista a real intenção das partes, a finalidade do objeto, a obtenção de resultados e a sua utilização, sem se fixar na literalidade da expressão verbal. Porém, por se tratar o contrato administrativo, como já analisamos, de um verdadeiro contrato de adesão, o autor entende que “as cláusulas duvidosas se interpretam em favor de quem se obriga e qualquer obscuridade deve ser debitada à conta de quem redigiu o ajuste, de sorte que, no conflito entre duas cláusulas, a contradição prejudica o outorgante e não o outorgado”¹⁷³.

Esse entendimento conduziria invariavelmente, caso haja duas interpretações possíveis em um contrato administrativo, à satisfação do interesse do particular em detrimento do interesse público, num sentido completamente oposto ao que direciona a atividade administrativa e seus contratos. Por isso, a interpretação na forma como se apresenta é, certo modo, contrária às regras insertas na Constituição brasileira de 1988.

O contrato administrativo visa à satisfação de um interesse público. Surgindo conflito acerca das cláusulas desses contratos, a interpretação não se desvincula dessa finalidade primária da Administração, ou seja, a melhor interpretação (ou aquela que melhor traduz o interesse

¹⁷¹ LEITÃO, Alexandra. *Lições de...*, p. 212.

¹⁷² MEIRELLES, Hely Lopes. Ob. cit., 2001, p. 211.

¹⁷³ SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Interpretação dos Contratos Administrativos*. In Revista Portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, setembro de 1999, n. 19, p. 46-47. O autor lembra que a legislação brasileira acerca do contrato administrativo direciona supletivamente a institutos da teoria geral do direito e do Direito Civil.

contratual) deverá ser sempre aquela que melhor satisfaça o interesse público, limitados pelos termos contratuais e resguardados os interesses do particular na relação contratual.

Assim, para que se interprete o contrato administrativo, deve-se inicialmente verificar o que o instrumento contratual determina, qual seu alcance, qual o sentido dado pelas partes às cláusulas contratuais no momento da celebração, levando-se em consideração o princípio da boa-fé e demais princípios administrativos e, supletivamente, da teoria geral do Direito. Realizadas as análises segundo o prisma contratual e da legislação incidente, dentre as opções possíveis, deve-se privilegiar aquela interpretação que melhor atenda ao interesse público, o que também se coaduna com o princípio da eficiência ou da boa administração. Porém, se essa interpretação gerar uma piora na situação do contraente privado, há de se garantir a manutenção do equilíbrio econômico financeiro contratual.

No caso brasileiro, não há qualquer norma que explicita os termos nos quais o contrato administrativo deve ser interpretado. Não obstante, o art. 54, *caput*, da LLC, determina que se aplicam a ele as cláusulas, os preceitos de direito público e, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado.

O intérprete pode, portanto, socorrer-se ao disposto na legislação privatista no que tange aos mecanismos de interpretação dos negócios jurídicos, sem se descuidar da finalidade pública à qual está vinculado todo contrato administrativo. O Código Civil brasileiro prevê que, na interpretação dos negócios jurídicos, será privilegiada a intenção das partes do que o sentido literal da linguagem (art. 112), conforme a boa-fé, a probidade e os usos do lugar (art. 113 e art. 422) e, se for um contrato de adesão, as cláusulas ambíguas ou contraditórias deverão ser interpretadas em benefício do aderente.

Verifica-se que a intenção das partes no momento da celebração do negócio sobrepõe-se ao expressamente previsto no contrato. Como já dito, os atos pré-contratuais são instrumentos que podem ser utilizados para se alcançar a vontade real dos contraentes. Porém, no caso dos contratos administrativos brasileiros, sendo eles contrato de adesão, a redação do instrumento contratual é unilateral da Administração, não sendo permitido ao particular influenciar na sua redação.

Assim, inicialmente, dentre as interpretações possíveis do instrumento contratual, deve-se buscar a solução que melhor atenda ao interesse público. Encontrada essa solução, não possibilita ao administrador decidir qual a melhor, pois o ato interpretativo seria simplesmente uma projeção dos preceitos constitucionais incidentes à espécie, da persecução ao interesse público e de eficiência.

Problema surge quando há duas interpretações que atendam igualmente o interesse público. Nessa hipótese, satisfeito o interesse público, passa-se à análise de qual interpretação do contrato satisfaz da melhor forma o interesse do particular aderente. Isso porque, por se tratar de contrato de adesão, feitas as análises em relação a adequação ao interesse público, finalidade e objeto do contrato, deve-se preferir a interpretação que satisfaça concomitantemente o interesse particular.

Outra situação hipotética seria quando a interpretação contratual onere em demasia o contraente privado. Nesses casos, retomando os ensinamentos de Marcelo Rebelo de SOUSA, a interpretação plausível será o sentido que o homem médio conseguisse extrair do conteúdo contratual. Tudo aquilo que exorbite o entendimento do homem médio, a Administração deverá reequilibrar o contrato em seus aspectos econômico-financeiros, pois na estipulação unilateral de cláusulas ambíguas e/ou contraditórias, o Poder Público não pode penalizar o contraente privado dos próprios equívocos na redação do instrumento contratual.

Especificadamente em contratos de obras públicas e prestação de serviços, sendo contratos administrativos clausulares, como acima foi exposto, analisam-se primeiramente as cláusulas contratuais e o sentido dado pelas partes no momento da celebração. Dentre as opções possíveis, a escolhida deverá ser a que melhor atenda a finalidade pública do serviço. Não sendo possível analisar apenas sob a ótica contratual, passa-se à análise das normas de direito público incidentes sobre o negócio jurídico e, subsequentemente, das normas de direito privado aplicáveis à espécie.

Essa análise deve ser realizada em conjunto com o contraente privado, na tentativa de demonstrar que aquela interpretação atenderá ambas as partes. Como já ressaltado, o interesse privado deverá também ser atendido nas interpretações contratuais, na medida em que, apesar de

vinculado à satisfação de um interesse público, o interesse privado em uma relação contratual é diverso da satisfação do interesse público tal como colocado à Administração.

Ainda, para fins de interpretação dos contratos administrativos, deve-se ter em mente os efeitos do contrato. Os contratos nos quais os efeitos são, em regra, inter partes, a interpretação deve tomar por referência os interesses recíprocos em jogo, valendo-se daquele que melhor atenda ao interesse público e à finalidade do contrato.

Para os contratos em que há efeitos a terceiros, como nos contratos de concessão, os meios interpretativos conduzirão à solução que privilegie o interesse dos usuários, destinatários finais da prestação de serviços.

3. AS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS E A DISTRIBUIÇÃO DO RISCO NOS CONTRATOS

As concessões de serviços públicos, como já estudado, foram inseridas no direito brasileiro sob o regime de direito privado (final do século XIX, início do século XX), respeitando o princípio do *pacta sunt servanda*. Posteriormente, por construção da doutrina, incorporou-se no direito pátrio a existência de contratos administrativos, nos quais a Administração possui prerrogativas frente o particular contratado decorrentes do princípio da supremacia do interesse público – *ius imperii*, e pela alteração da rigidez contratual à adoção da teoria da imprevisão.

Com a ascensão de Getúlio Vargas ao poder durante a Revolução de 1930¹⁷⁴ e as dificuldades econômicas durante o período (quebra da Bolsa de Nova Iorque em 1929), o Estado passa a intervir na economia para prover os cidadãos de infraestrutura, inaugurando no Brasil o Estado social. Nesse período, o país estatizou os serviços públicos que haviam sido delegados a terceiros, seja pelo término do período da concessão seja pela discussão acerca da “cláusula-ouro” inserta nesses contratos, e que oneravam demasiadamente os usuários¹⁷⁵, não satisfazendo o interesse público. Assim, foram criadas muitas empresas estatais para absorver os serviços antes delegados à iniciativa privada¹⁷⁶.

¹⁷⁴ No período compreendido entre 1894 até a revolução de 1930, o Brasil foi governado pelas oligarquias paulista e mineira, que se revezavam na Presidência da República, conhecida como política do café com leite (produzido pelos paulistas e mineiros, respectivamente). No sistema idealizado, o presidente paulista Washington Luís deveria apoiar um candidato mineiro para sucedê-lo. Porém, preferiu apoiar o candidato paulista Júlio Prestes, encerrando o acordo que comandava o país, levando Minas Gerais a apoiar Getúlio Vargas à presidência (Aliança Liberal).

¹⁷⁵ Alexandre Santos de ARAGÃO (*in Direito dos Serviços Públicos*. 3 ed., Rio de Janeiro: Forense, 2013, p. 63) explica que a cláusula-ouro era a indexação dos valores das tarifas ao dólar-americano, apuradas conforme a desvalorização mensal na Bolsa de Valores, sendo a diferença repassada para o usuário. O autor afirma que com a inauguração do Estado Novo, há, pela primeira vez, a ascensão do pensamento da igualdade social no país, na tentativa de conciliar os interesses das oligarquias rural e industrial com as condições mínimas de vida para os menos favorecidos.

¹⁷⁶ Vera Cristina Caspari MONTEIRO (*in A Caracterização do Contrato de Concessão Após a Edição da Lei 11.079/04*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2009, p. 23) aponta que no período pós década de 1940, dada a instabilidade econômica em razão das guerras mundiais, o Estado passou a intervir na prestação de serviços à população, outorgando a empresas públicas os serviços antes delegados

O Estado, indutor do crescimento e provedor geral de bens e serviços, permanece até final da década de 1970, quando o país entra em crise financeira. Na vigência do Decreto-Lei 200/1967, o Estado inicia o processo de descentralização de suas atividades, delegando determinados serviços à iniciativa privada¹⁷⁷. Na década de 1980, num contexto de crise mundial e do início da nova onda liberal iniciada pelo governo de Margareth Thatcher – desestatizações, privatizações e liberalizações, o país encontrava-se com elevado déficit orçamentário, levando-o a vender suas empresas que exploravam atividades econômicas e delegar diversos serviços públicos prestados pela Administração direta¹⁷⁸, numa redescoberta da concessão de serviços públicos aos particulares¹⁷⁹ ou *o retorno do pêndulo*.

Com a crise fiscal dos estados, há a alteração do paradigma da própria função estatal, que deixa de ser prestador de serviços públicos e passa a ser um estado garantidor da efetivação dos direitos fundamentais inseridos na Constituição¹⁸⁰. O Estado passa por uma reforma no seu modo de agir, conhecida como Reforma Gerencial (*New Public Management*), com que se buscou controlar os défices orçamentais e melhorar a eficiência na prestação dos serviços com o emprego de técnicas da administração privada¹⁸¹.

à iniciativa privada, movimento que durou até o final do século XX, encerrando o ciclo nova crise fiscal e pela ineficiência na prestação dos serviços.

¹⁷⁷ Art. 10. A execução das atividades da Administração Federal deverá ser amplamente descentralizada.

(...)

§ 7º Para melhor desincumbir-se das tarefas de planejamento, coordenação, supervisão e controle e com o objetivo de impedir o crescimento desmesurado da máquina administrativa, a Administração procurará desobrigar-se da realização material de tarefas executivas, recorrendo, sempre que possível, à execução indireta, mediante contrato, desde que exista, na área, iniciativa privada suficientemente desenvolvida e capacitada a desempenhar os encargos de execução.

¹⁷⁸ ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços...*, p. 69. O autor ainda afirma que as semelhanças entre o processo de descentralização administrativa da América Latina e Europa são apenas essas, pois no caso americano, o processo de reforma do Estado foi pouco debatido e pensado. Aliados a isso, os países da América Latina não experimentaram o Estado social em sua plenitude, sendo, portanto, uma reforma de algo que nem chegou a ser.

¹⁷⁹ Cfr. Vera MONTEIRO, ob. Cit., p. 24.

¹⁸⁰ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A Administração Consensual Como a Nova Face da Administração Pública no Séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104: São Paulo, 2009, p. 303-322. Os autores citam Norberto Bobbio, para quem “o Estado de hoje está muito mais propenso a exercer uma função de mediador e de garante, mais do que de detentor do poder de império”.

¹⁸¹ DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. *As Parcerias Público-Privadas na Administração Pública Moderna*. Revista de Direito Administrativo, ano 2014, n. 265, jan/abr 2014. Cfr. David

O novo contexto da Administração passa, portanto, por três vetores: inclusão do setor privado na prestação de serviços públicos e para o Estado, contratualização do modo de agir administrativo (administração consensual) e atuação estatal como garantidora/reguladora daqueles serviços delegados via contrato. Coerente com esse novo modelo, a Administração se despe de suas vestes nobres e atua de forma horizontal, em relação de paridade com o particular¹⁸².

O Estado passa a atuar apenas no núcleo essencial de suas atribuições, deixando de exercer diretamente algumas atividades e as delegando, sob sua fiscalização, à iniciativa privada¹⁸³ - surge a figura do Estado Regulador. Esse novo papel estatal, conforme VITAL MOREIRA, decorre de uma série de fatores: “(i) a redução do papel econômico do Estado; (ii) a privatização de empresas públicas; (iii) a diminuição dos poderes regulatórios; (iv) a liberalização dos setores anteriormente sujeitos a regime exclusivo público ou privado; (v) a limitação ou eliminação de serviços públicos; e (vi) o fomento da concorrência nacional e internacional”¹⁸⁴.

Ainda segundo MOREIRA, com a redução do Estado como prestador direto de serviços públicos, surge a necessidade de regular os mercados transferidos ou deixados a cargo da iniciativa privada por “cinco razões básicas: (i) importa regular o mercado para garantir a concorrência; (ii) importa regular o mercado em razão de seus limites e falhas eventuais, para que ele possa então funcionar; (iii) importa regular para afastar ou atenuar as externalidades negativas do funcionamento da economia (p. ex., custos sociais associados a danos ambientais); (iv) importa regular para promover a proteção dos consumidores; e (v) importa regular para garantir as denominadas obrigações de serviço público”¹⁸⁵.

OSBORNE e Ted GAEBLER (*in Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. Trad. De Sérgio Fernando Guarischi e Ewandro Magalhães Jr. 5ª ed., Brasília: MH Comunicação, 1995, p. 372), o poder público deve realizar análise custo benefício da transferência de serviços à iniciativa privada – uma espécie de *value for money* para as privatizações/concessões.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A Administração...* p. 306.

¹⁸⁴ *Idem*, p. 307. Cfr. MOREIRA, Vital. *Serviços Públicos e concorrência: a regulação no sector elétrico*. In Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 225/228.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 307.

No Brasil, ainda que incipiente, o processo de descentralização dos serviços iniciou-se por meio do Decreto-lei nº 200/67, como já exposto, mas principalmente direcionado à criação de empresas públicas, de regime privado, para a prestação de serviços públicos. Posteriormente, a Administração editou o Decreto nº 83.740, de 18 de julho de 1979, em que foi instituído o Programa Nacional de Desburocratização e intensificado o programa de descentralização administrativa e de transferência de certos setores à iniciativa privada (art. 3º, alíneas *g* e *h* do referido diploma normativo).

Durante o governo de José Sarney, primeiro após a redemocratização, foi editado o Decreto nº 95.886, de 29 de março de 1988, lançando o Programa Nacional de Desestatização, cujos objetivos eram transferir as atividades econômicas exploradas pelo setor público para o setor privado (art. 1º, inciso I) e executar indiretamente os serviços públicos por meio de concessões e permissões (art. 1º, inciso VII). Todos esses mecanismos visavam à redução do déficit público e atrair a iniciativa privada a auxiliar o Estado na persecução de seus objetivos constitucionais.

Com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil, em 5 de outubro de 1988, a tentativa de reforma do Estado ficou sobrestada, pois a nova Carta Constitucional ampliou o leque de direitos dos cidadãos e, conseqüentemente, as atribuições estatais, aumentando a estrutura dos órgãos e estendendo às empresas públicas, prestadoras de serviços ou não, as mesmas regras burocráticas da administração direta. Como a promulgação da Constituição e a transição democrática deram-se num momento de crise econômica e fiscal, atribui-se ao modelo de descentralização iniciado pelo regime militar a responsabilidade pela crise¹⁸⁶.

Após a promulgação da CR/88, o retrocesso inicial foi superado mediante algumas emendas constitucionais que objetivavam conceder maior flexibilidade à atuação estatal. Porém, o impulso para a mudança do paradigma estatal ocorreu com o fortalecimento do Plano de

¹⁸⁶ Plano Diretor da Reforma do Aparelho do Estado. Brasília, 1995, p. 21. No mesmo sentido Luiz Carlos Bresser PEREIRA (*in Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. Revista do Serviço Público, janeiro-abril de 1996), para quem a Constituição de 1988 inicialmente agravou os problemas, pois “as forças políticas vitoriosas tinham como parâmetro o desenvolvimentismo populista dos anos 50” e, em relação à administração pública, a visão burocrática dos anos 30.

Desestatização (Lei Federal nº 8.031/90, posteriormente alterada pela Lei Federal nº 9.491/97) e o lançamento do Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado, elaborado pelo Ministério da Administração Federal e da Reforma do Estado, que previam a privatização das empresas públicas prestadoras ou não de serviços públicos (art. 7º da Lei Federal nº 8.031/90), mediante concessão.

Nesse contexto foi editada a Lei Federal nº 8.987/95, que regulamentou o art. 175 da CR/88, com o permissivo do poder público transferir à iniciativa privada a execução de serviços públicos mediante licitação, precedida ou não de obra pública. Marçal JUSTEN FILHO chama o processo legislativo de construção da legislação sobre concessões de demagogia regulatória, pois o governo de Fernando Henrique Cardoso, diante da necessidade de elevados investimentos em infraestrutura, cria um marco regulatório extremamente favorável aos investidores¹⁸⁷.

Marçal JUSTEN FILHO aponta que essa nova forma de prestação de serviços públicos na dissociação entre as atividades de prestação e de regulação. O Estado cria agências reguladoras autônomas, dotadas de competência técnica e legal para fiscalizar os serviços delegados, “visando a assegurar a imparcialidade, a democratização e a transparência na gestão dos serviços”¹⁸⁸, extinguindo-se, portanto, o regime de monopólio na prestação dos serviços públicos. A finalidade da eliminação do monopólio é ampliar a competição econômica entre os agentes de mercado, na tentativa de limitar o poder econômico do concessionário e ampliar a eficiência na prestação do serviço¹⁸⁹ e, conseqüentemente, melhorar as condições para o usuário.

A concessão de serviço público é conceituada como “o contrato administrativo pelo qual a Administração confere ao particular a execução remunerada de serviço público, de obra pública ou de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ou lhe concede o

¹⁸⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *A PPP Brasileira e as Lições do Passado* (in *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*) / Organizadores Eduardo Talamini e Monica Spezia Justen – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2005, p. 17)

¹⁸⁸ Cfr. JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso de Direito Administrativo*. 10 ed., São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 749.

¹⁸⁹ *Idem*, p. 752.

uso de bem público, para que o explore pelo prazo e nas condições regulamentares e contratuais”¹⁹⁰.

3.1. Crise do conceito clássico de concessão

A Lei nº 8.987/95 inaugura a modalidade de concessão, hoje denominada concessão comum, na qual a Administração pública delega “a outrem a execução de um serviço público, para que o execute em seu próprio nome, por sua conta e risco, assegurando-lhe a remuneração mediante tarifa paga pelo usuário ou outra forma de remuneração decorrente da exploração do serviço público”¹⁹¹. Com a promulgação da lei, o Estado retoma o processo de delegação da prestação de serviços públicos à iniciativa privada.

Essa conceituação clássica de concessão também era adotada em Portugal, definida como “uma pessoa colectiva de direito público (o concedente) encarregava uma pessoa privada (concessionário) de instalar uma empresa de serviço público e, posteriormente, de a fazer funcionar, explorando o serviço por sua conta e risco e remunerando-se pelas taxas cobradas dos utentes”¹⁹². Nesse modelo, as características essenciais são “(i) exploração do serviço por conta e risco do concessionário e (ii) remuneração proveniente das tarifas pagas pelos usuários”¹⁹³

¹⁹⁰ PIETRO, Maria Sylvia Zanella di. *Direito...*, p. 302. Celso Antônio Bandeira de Mello (*in Curso...*, p. 725) define a concessão como “instituto através do qual o Estado atribui o exercício de um serviço público a alguém que aceita prestá-lo em nome próprio, por sua conta e risco, nas condições fixadas e alteráveis unilateralmente pelo Poder Público, mas sob garantia contratual de um equilíbrio econômico-financeiro, remunerando-se pela própria exploração do serviço, em geral e basicamente mediante tarifas cobradas diretamente dos usuários do serviço”. Não obstante a maior acurácia no conceito delineado, o autor desconsidera outras concessões que não a inserta na Lei nº 8.987/95, até mesmo por entender que a concessão administrativa não pode ser considerada concessão propriamente dita, como se verá adiante.

¹⁹¹ *Idem*, p. 306.

¹⁹² GONÇALVES, Pedro. *A concessão...*, p. 104.

¹⁹³ SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do particular nas Concessões e Parcerias Público-Privadas. Dissertação de Mestrado*. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2010, p. 7. Luciano ALFONSO (*in Servicios Públicos y Servicios de Interés General: la renovada actualidad de los primeros*. Revista de Derecho de La Unión Europea, nº 7, 2º semestre 2004, p. 51) afirma que a noção de serviço público, desde os anos cinquenta do século XX, é conceituada como “el conjunto actividades prestacionales asumidas por o reservadas al Estado para satisfacer necesidades colectivas de interés general”, com a titularidade do serviço à Administração.

A Administração mantém a titularidade do serviço público, porém transfere ao particular a gestão, podendo ou não ser precedido de obra pública, cuja remuneração dos serviços é realizada pelos usuários. Rafael SCHWIND afirma que o modelo clássico de concessão abrangia apenas serviços que poderiam ser explorados economicamente pelo concessionário, como os de natureza comercial e industrial e os serviços *uti singuli*, ou seja, serviços cujos destinatários são individualizáveis, “sendo mensurável a utilização por cada um dos indivíduos”¹⁹⁴, pois na conceituação clássica apenas seriam passíveis de concessão serviços que pudessem ser remunerados mediante a cobrança de tarifa dos usuários¹⁹⁵.

Há serviços concedidos que não se enquadram no conceito de serviço *uti singuli*, por serem desenvolvidos “sem utentes”, como os de radiodifusão, e em que a prestação ocorre para o próprio ente público, por exemplo, a gestão de um hospital público. O autor cita que, em França, foram criados contratos em que há a delegação da gestão de serviços públicos cuja remuneração advirá da própria Administração, como as figuras da *affermage*, *régie intéressée*, *gérance* e outros¹⁹⁶.

Ademais, houve o reconhecimento de que alguns tipos de serviços públicos, por serem deficitários por natureza ou por apresentarem riscos elevados ao particular, exigiriam da Administração modelos concessórios que viabilizassem e tornassem atrativos à iniciativa privada

Vera MONTEIRO (*in A caracterização...*, p. 155), seguindo lição de Gaston Jèze, afirma que os elementos essenciais do modelo concessório clássico são: “(1) caráter administrativo do contrato, para fazer incidir o regime jurídico do direito público na relação; (2) onde há transferência de poderes públicos ao concessionário; (3) onde o objeto envolve sempre a exploração de um serviço público ou a realização de uma obra pública; (4) o qual é executado em nome próprio do concessionário; (5) que o explora por sua conta e risco; (6) sendo que sua remuneração se dá diretamente pelos usuários; (7) numa relação de trilateralidade (poder concedente, concessionário e usuários); (8) e, em geral, de longo prazo, para permitir a amortização do investimento realizado”. Não obstante, para fins deste trabalho, serão analisados apenas os elementos centrais da discussão.

¹⁹⁴ CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª ed., São Paulo: Atlas, 2014, p. 333. Os serviços *uti singuli* são contrapostos aos serviços *uti universi*, que são prestados a um número indeterminado de indivíduos.

¹⁹⁵ Ob. cit., p. 9. No mesmo sentido, Marco Aurélio Barcelos SILVA (*in Concessão de empreendimentos e contratualização da gestão pública no Brasil: a nova abrangência do regime de concessões no direito administrativo e o marco legal das parcerias público-privadas*. Dissertação de Mestrado – Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais – Belo Horizonte: 2009, p. 46) afirma que a noção clássica remete para a possibilidade de “fruição concreta ou individual de tais atividades”, restringindo a noção de serviço público.

¹⁹⁶ Ob. cit., p. 11. No mesmo sentido, Marcos Augusto PEREZ (*in O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*, Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 68) aponta que a legislação brasileira permite a concessão de serviços *uti universi*, como os serviços de radiodifusão e de limpeza pública.

os projetos a serem desenvolvidos¹⁹⁷, resultando numa pluralidade de modelos remuneratórios, como o subsídio da atividade, a possibilidade de exploração de serviços secundários atrelados ao serviço principal.

Dessa forma, se o modelo clássico de concessão a remuneração do particular era exclusivamente pela tarifação do usuário, no modelo atual a remuneração decorre da exploração do serviço e de toda sua potencialidade.

Outro aspecto alterado pela nova noção de concessão de serviço público relaciona-se com a distribuição do risco. Pela letra da lei, art. 2º, incisos II e III, o particular assume a execução do serviço “por sua conta e risco”, o que induz à interpretação de que a ocorrência de áleas ordinárias e extraordinárias que afetem o equilíbrio financeiro da concessão será internalizada pelo concessionário e correrá às suas custas. A análise desse aspecto será apresentada posteriormente nesse trabalho.

A modicidade tarifária, norma inserta na Lei nº 8.987/95, art. 6º, § 1º, é comando legal que determina à Administração manter a “menor tarifa possível, em vista dos custos necessários à oferta do serviço adequado”¹⁹⁸. O conceito de modicidade abrange “não apenas a menor tarifa possível sob o prisma econômico, mas também o seu dimensionamento, de modo a assegurar o acesso dos usuários a serviços essenciais”¹⁹⁹. Há serviços prestados pela Administração que são deficitários por natureza ou que apresentam riscos elevados, portanto não são atrativos aos investidores. Há, também, serviços concedidos por períodos longos que, conforme foram reajustados, tornaram-se dispendiosos para os cidadãos.

Por essa razão, a Administração, em determinados casos, passou a subsidiar a atividade para que se mantivesse a modicidade das tarifas para os usuários, conforme determinação legal. E esse subsídio é legal, pois a Constituição e a Lei nº 8.987/95 determinam que o Estado

¹⁹⁷ *Idem*, p. 13. José dos Santos CARVALHO FILHO (*in Manual...*, p. 333) faz a distinção entre serviços sociais e serviços econômicos. Os primeiros são aqueles nos quais o Estado deve satisfazer necessidades básicas da população, propiciando comodidade relevante, serviços assistenciais e protetivos. Esses serviços são em geral deficitários e custeados coletivamente por meio da tributação. Os serviços econômicos são aqueles que, embora classificados como públicos, o prestador pode auferir lucros por meio da sua prestação, semelhante às atividades privadas eminentemente econômicas (mas que com ela não se confunde).

¹⁹⁸ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 744.

¹⁹⁹ *Idem*, p. 744.

mantenha serviços essenciais aos cidadãos e, caso sejam delegados à iniciativa privada, as tarifas devem ser de acordo com a capacidade de pagamento do cidadão médio. O subsídio foi um mecanismo introduzido com o intuito de evitar que “a dimensão dos riscos assumidos pelo prestador se traduzisse em encargos excessivamente onerosos, que acabariam por impedir até mesmo a possibilidade de concessão”²⁰⁰.

Essa nova forma de remuneração do concessionário, como meio de viabilizar o acesso a serviços essenciais, transferindo, em parte, a álea financeira do concessionário, numa espécie de “solidariedade financeira”²⁰¹. A inclusão do subsídio como mecanismo de remuneração do prestador de serviço foi outro motivo que levou à superação do conceito clássico de concessão. Caso permanecesse o conceito clássico e seu modelo de remuneração, a concessão se restringiria a serviços cuja exploração econômica fosse mais fácil e simples²⁰².

Outro ponto de modificação do conceito clássico de concessão é a aceitação para que a Administração remunerasse diretamente o concessionário. Ao contrário do subsídio, cuja natureza é de subvenção estatal, o pagamento direto possui natureza remuneratória, ou seja, o Estado assume a obrigação de pagamento, contrapartida direta pela prestação de serviço. Apesar de existir a figura do utente, a tarifa é paga pelo poder público. A opção por esse modelo de remuneração relaciona-se à “inconveniência, em termos sociais, de se cobrar pedágio diretamente dos usuários”²⁰³. Exemplo desse modelo é o pedágio-sombra, vinculando a remuneração do concessionário à quantidade de veículos que trafegam na via, sendo o pagamento às custas do erário.

²⁰⁰ SCHWIND, Rafael. *Remuneração...*, p. 15. Gustavo BINENBOJM (in As Parcerias Público-Privadas (PPPS) e a Constituição, Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, Número 2, maio/junho/julho de 2005, Salvador, p. 7) afirma que não há, no art. 175 da Constituição brasileira, qualquer determinação que pressuponha ser a atividade do concessionário exclusivamente custeada pelo pagamento de tarifa pelo usuário. Pedro MELO (in *O Juízo...*, p. 52) informa que há três modelos de fluxo de caixa nas concessões. O modelo orçamental, pago exclusivamente com recursos públicos, o modelo liberal, que pressupõe a sustentabilidade financeira do empreendimento, e o modelo misto, no qual parte é remunerada por tarifas pagas pelos utentes e parte por subsídios públicos.

²⁰¹ *Idem*, p. 15. Segundo o autor, o termo foi cunhado por Pedro Gonçalves.

²⁰² Cfr. Marçal JUSTEN FILHO (*apud* Rafael SCHWIND, *Remuneração...*, p. 15)

²⁰³ *Ibidem*, p. 16.

Por fim, o modelo clássico da concessão pressupunha a existência de monopólio na prestação de determinado tipo de serviço. Luciano ALFONSO afirma que a noção clássica do serviço público pressupõe o estabelecimento de monopólio em favor da Administração e a exclusão da livre iniciativa privada, sem prejuízo de poder ser delegada a essa a gestão do serviço (gestão indireta)²⁰⁴. A lógica era que a instituição de serviço público configuraria decisão de retirá-lo da lógica mercadológica, pois a satisfação de direitos fundamentais dos indivíduos e a solidariedade social não poderiam conviver com a lógica privada do lucro²⁰⁵. Além dessas questões, boa parcela dos serviços públicos constituía-se de monopólio natural, tornando a adoção de um regime concorrencial economicamente inviável²⁰⁶. Nesse modelo, competia à Administração o controle de preços, pois, não havendo concorrência, o particular poderia alterar o valor da tarifa indiscriminadamente, afetando os utentes dos serviços.

Posteriormente, compreendeu-se que a prestação de alguns serviços públicos poderia se submeter à lógica concorrencial sem prejuízo à satisfação dos usuários. Em alguns casos, a adoção do modelo concorrencial foi benéfica a eles, como na concessão do sistema de telefonia no Brasil – universalização do serviço a preços acessíveis. O próprio art. 16 da Lei nº 8.987/95 determina a ausência de exclusividade nas concessões de serviços públicos. A exclusividade na prestação de certo serviço “dependerá da impossibilidade material ou econômica de desempenho do serviço público em regime de competição”²⁰⁷, ou seja, naqueles casos em que houver monopólio natural ou em que a concorrência torne a prestação do serviço inviável. Assim, o Estado deixa de ser mero controlador de preços e cumpre o papel de regulador econômico da atividade econômica, visando a evitar o abuso de poder econômico e outras disfunções que podem lesar os usuários dos serviços.

Dentro desse novo processo regulatório, o conceito de concessão transformou-se no decorrer dos anos, aceitando que sejam objeto de concessão serviços *uti universi*. O mecanismo de remuneração do concessionário, antes remunerado exclusivamente pela tarifa paga por utentes, passou a permitir que a Administração subsidie a atividade, por meio de subvenções

²⁰⁴ Cfr. Luciano ALFONSO. *Servicios...*, p. 53.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 16.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 16.

²⁰⁷ JUSTEN FILHO, Marçal. *Curso...*, p. 750.

econômicas, ou que remunere diretamente o concessionário (como nos pedágios-sombra). Aliado a isso, o regime de exclusividade na prestação de certos serviços foi alterado, permitindo a concorrência em setores que propiciassem benefícios quantitativos e qualitativos aos usuários.

Com as alterações no conceito de serviço público, o Estado encontrou a sua disposição uma pluralidade de opções de organização de serviços para satisfazer interesses gerais e coletivos²⁰⁸. A escolha do modelo a ser adotado parte de uma análise comparativa sobre a relação custo/benefício no plano orgânico, pela prestação direta ou indireta do serviço, e no plano funcional – qualidade, acesso, modicidade da tarifa, havendo arranjos que permitem a subvenção estatal ou até mesmo o pagamento direto pela Administração ao concessionário²⁰⁹.

Por esses motivos, a noção de serviço público foi ampliada, incorporando serviços que no modelo anterior não seriam passíveis de concessão – o que motivou o surgimento de novos arranjos contratuais para as concessões de serviços públicos. Nesse novo conceito, a noção de concessão dos serviços “admite a delegação de atividade não privativa do Estado. Toda atividade estatal de interesse público é potencialmente delegável. (...) eventual indelegabilidade decorre de vedação expressa na Constituição ou em norma local, ou com relação a um eventual núcleo de autoridade existente para o exercício da atividade concedida”²¹⁰

3.2. Surgimento das Parcerias Público-Privadas

A crise fiscal dos estados nacionais e a alteração do modelo de atuação estatal, de estado intervencionista – característica do estado de bem estar social – para estado regulador/garantidor²¹¹ (estado patrimonialista – estado burocrático – estado gerencial)²¹², fez

²⁰⁸ Luciano ALFONSO. *Servicios...*, p. 67.

²⁰⁹ *Idem*, p. 68. O autor entende que a presença do interesse público (*interés general*) na prestação do serviço público é a chave para dar suporte à opção concreta de arranjo para a satisfação das necessidades coletivas e sociais.

²¹⁰ Cfr. Vera MONTEIRO, ob. cit., 161.

²¹¹ Para uma evolução detalhada do papel do estado nos diferentes períodos do século XX, consultar Maria Eduarda AZEVEDO (*in As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de uma Nova Governança*. Tese de Doutorado, Universidade de Lisboa, 2008, p. 41-122). A autora discorre desde o estado intervencionista do início do século XX até a nova onda liberalizante da década de 80.

com que a Administração necessitasse formular novos mecanismos para induzir os investimentos, sobretudo em infraestrutura, onerando minimamente o erário e mantendo serviços de qualidade para a população. As parcerias público-privadas surgiram no momento em que os Estados necessitavam investir e modernizar serviços públicos sem, contudo, possuírem capacidade orçamentária para realização de vultuosos investimentos.

O modelo contratual²¹³ foi concebido no Reino Unido, sob a alcunha de *Private Finance Initiative* – PFI, durante o governo conservador de John Major, apesar de existirem experiências semelhantes em países como Nova Zelândia e Estados Unidos da América. Os contratos de PFI foram desenvolvidos no intuito de realizar projetos públicos em infraestrutura com a participação do capital privado²¹⁴.

Segundo Marco Aurélio SILVA, inicialmente a solução era voltada para aliviar o problema orçamental, realizando investimento sem o dispêndio imediato de recursos pelo Poder Público. Porém, após a ascensão de Tony Blair ao governo, adotou-se o modelo como mecanismo para fornecer mais serviços à população com o menor custo possível, ou o *best value for money* ²¹⁵. Assim, o critério a ser buscado pelos contratos de PFI é da eficiência administrativa.

Maria Eduarda AZEVEDO sustenta que a introdução desse modelo contratual possui triplo objetivo: (i) aumentar a capacidade pública de investimentos em infraestrutura e serviços, mediante a introdução de pagamentos plurianuais associados à duração do respectivo contrato; (ii) melhora da qualidade dos serviços públicos, mediante avaliação de qualidade dos serviços vinculada ao pagamento do particular; (iii) diminuir a despesa pública, “aproveitando a

²¹² Cfr. Marco Aurélio Barcelos SILVA (*in* *Concessão de...*, p. 25)

²¹³ Segundo Marco Aurélio Barcelos SILVA (*in* *Concessão...*, p. 27), o modelo de PPP é o ápice da chamada “contratualização do Estado”, no qual a Administração substitui o modelo burocrático, hierárquico e unitário, por modelos em que o particular, pela via contratual, é chamado para auxiliar na provisão e gestão de serviços públicos.

²¹⁴ Cfr. Maria Eduarda AZEVEDO (*in* *As Parcerias...*, p. 124).

²¹⁵ SILVA, Marco Aurélio Barcelos. *Concessão...*, p. 23. O autor informa que a expressão *value for money*, sem tradução precisa para a língua portuguesa, pode ser entendida como “relação custo-benefício”. No contexto das PPP, o autor conceitua como “a melhor relação custo-benefício decorrente da escolha da Administração Pública por contratar a gestão de serviços junto aos particulares no mercado, ao invés de ela mesma executá-los diretamente”.

competência e a capacidade de inovação do setor privado” e as economias realizadas durante a execução das obras de infraestrutura²¹⁶.

Em contraposição aos contratos do tipo BTO (*build-transfer-operate*), no qual a Administração contrata a construção de um empreendimento, de propriedade do Estado, posteriormente gerido pelo particular; e do tipo BOO (*build-own-operate*), no qual o privado constrói, é proprietário da instalação e gere o serviço, os contratos de PFI inovaram e criaram o modelo DBFO (*design-build-finance-operate*)²¹⁷.

Nesse modelo, o particular fica incumbido de “conceber, construir e financiar o investimento inicial relacionado aos bens infraestruturais necessários e, ainda, de operar esses bens”²¹⁸, prestando os serviços contratados durante período suficiente para amortizar os investimentos realizados. A Administração contrata o serviço a ser prestado que será remunerado

²¹⁶ Cfr. Maria Eduarda AZEVEDO. *As parcerias...*, p. 124. No mesmo sentido, James Edwin KEE e John FORRER (*in Private Finance Initiative – The Theory Behind Practice*, International Journal of Public Administration, 31:2, 151-167) apontam que os projetos de PFI “*is part of a much wider agenda of attempts to increase efficiency of the public sector through the introduction of managerial change, expertise, etc. drawn from private sector*”. Porém, os autores argumentam que há divergência quanto a essa natureza do contrato, pois há autores que entendem tratar-se apenas de um arranjo financeiro para situações de crise fiscal.

²¹⁷ Cfr. James KEE e John FORRER (*in Private...*, p. 153).

²¹⁸ Cfr. Maria Eduarda AZEVEDO (*in As Parcerias...*, p. 354). James KEE e John FORRER (*in Private...*, p. 161) fazem uma análise da adoção do PFI sob a ótica da teoria do agente-principal. Essa teoria trabalha com a assimetria de informações entre dois contratantes, que pode ser dividida em problemas de “seleção adversa” e “perigo moral”. Na primeira, o problema surge quando uma característica do agente (concessionário) é imperfeitamente compreendida pelo principal (Administração). Normalmente, os construtores possuem mais informações sobre os empreendimentos e quanto a formas alternativas de desenvolvimento do mesmo projeto. Assim, nos contratos de PFI, a Administração transfere para o concessionário o desenho do empreendimento, conseguindo reduzir custos com a disponibilidade do mesmo serviço. No tocante ao “perigo moral”, encontra-se a dificuldade do principal (Administração) monitorar o agente (concessionário). A Administração pretende alcançar e analisar resultados, deixando de analisar as questões do serviço. Assim, o problema do “perigo moral” ocorre quando (i) o agente toma decisões ou ações que afetem o serviço prestado; (ii) o principal analisa apenas os resultados; (iii) o agente escolhe deliberadamente não ser eficiente. Ao final, propõem que a adoção do modelo PFI deve considerar todas essas disfunções de mercado, prevendo no instrumento contratual soluções caso ocorram. Quanto à teoria do agente-principal, porém sob outro enfoque, Marcos NÓBREGA (*in Direito...*, p. 110) aponta que na seleção adversa, o privado possui informações privilegiadas antes da assinatura do contrato, ao passo que no *moral hazard* a vantagem informacional ocorre após a assinatura do contrato.

por um preço fixo ou calculado conforme variáveis, como disponibilidade e qualidade do serviço, ou frequência da utilização²¹⁹.

Os principais critérios para a adoção do modelo PFI e, conseqüentemente, o DBFO, são a contratação de serviços, não de instalações em si, a transferência substancial de riscos para o setor privado e a relação custo/benefício apontar para a adoção do modelo (*best value for money*) – oferecendo ganhos para os cidadãos²²⁰.

O PFI foi exportado para outros países, inicialmente dentro da União Europeia e, posteriormente, países de outros continentes²²¹. A União Europeia elaborou diretivas para fixar parâmetros à elaboração de contratos de parcerias público-privadas, posteriormente incorporadas pelo direito nacional de cada país. Foram criados dois modelos: parcerias puramente contratuais, em que dois agentes distintos (Estado e concessionário) acordavam em atribuir uma ou várias tarefas ao parceiro privado, ficando a cargo desse a concepção, construção, manutenção, renovação, financiamento e exploração da obra ou serviço; e parcerias do tipo institucionalizado, em que eram criadas pessoas jurídicas distintas cujos proprietários eram, em conjunto, os parceiros públicos e privados²²².

Maria Eduarda AZEVEDO aponta que, em Portugal, a legislação definiu o contrato de parceria público-privada como “um contrato ou união de contratos, por via dos quais entidades privadas, designadas por parceiros privados, se obrigam, de forma duradoura, perante um parceiro público, a assegurar o desenvolvimento de uma actividade tendente à satisfação de uma necessidade colectiva, e em que o financiamento e a responsabilidade pelo investimento e pela exploração incumbem, no todo ou em parte, ao parceiro privado”²²³.

²¹⁹ *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*. Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 2004.

²²⁰ Cfr. James KEE e John FORRER (*in Private...*, p. 154)

²²¹ Para verificar análises quanto a modelos adotados na União Europeia, ver Maria Eduarda AZEVEDO (*in As parcerias...*, p. 124-186)

²²² Cfr. Maria Eduarda Azevedo. (*in As Parcerias...*, p. 186). Também no *Livro Verde...*, p. 9 e p. 18.

²²³ *Idem*, p. 276. A autora aponta, ainda, que os contratos de parceria público-privada podem ser um único contrato de concessão de serviço público. Porém, o comum é o agrupamento de vários tipos contratuais, como os contratos de concessão de uso de bem público, contrato de empreitada etc.

A autora sustenta que a legislação portuguesa manteve os pontos nucleares que caracterizam o PFI: a contratação de uma atividade tendente à satisfação de necessidades coletivas, com o financiamento e transferência de riscos pelo investimento e exploração dos serviços ao parceiro privado, e a necessária análise de custo benefício²²⁴. O objetivo do contrato via PPP é prestar serviços públicos com maior eficiência e eficácia para os cidadãos, sendo esse o mote de toda a sua modelagem contratual e financeira, com a iniciativa privada trazendo seu *know-how* e capacidade de financiamento para o desenvolvimento de infraestruturas, e a Administração realizando os pagamentos pelo serviço prestado.

3.3. Parcerias Público-Privadas no Brasil

A parceria público-privada²²⁵ foi introduzida no Brasil por meio da Lei nº 11.079/2004, inspirada nas experiências do Reino Unido e da União Europeia. Assim como em sua origem, a PPP objetivou, inicialmente, a realização de obras infraestruturais e gestão de serviços públicos de grande porte diante de um cenário de défices orçamentais, ou seja, o motivo era a ampliação de serviços e estruturas com as remunerações ao privado realizadas no longo prazo, impactando minimamente o fluxo de caixa do Estado durante a construção e estruturação do serviço²²⁶.

O modelo adotado no país seguiu a regra de ouro das parcerias público-privadas: há a transferência ao parceiro privado da responsabilidade pelo financiamento do empreendimento, o compartilhamento de risco entre os contratantes e remuneração do particular podendo ser

²²⁴ *Ibidem*, p. 276 e p. 282.

²²⁵ Adota-se o conceito estrito de parceria público-privada, ou seja, o modelo contratual inaugurado pela Lei nº 11.079/2004. O conceito amplo de parceria público-privada envolve mecanismos de colaboração entre o Estado e a iniciativa privada para a satisfação de necessidades coletivas ou da própria administração. Para um maior detalhamento do sentido amplo e estrito do termo parceria público-privada, vide Carlos Ari SUNDFELD (*in Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. Parcerias Público-Privadas. Ed. Única, Malheiros: São Paulo, p. 18).

²²⁶ Cfr. Maria Adelaide Campos FRANÇA. *Parcerias Público-Privadas: Repartição Objetiva de Riscos*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo: São Paulo, 2011, p. 22. No mesmo sentido, Marco Aurélio Barcelos SILVA (*in Concessão...*, p. 12) registra que as PPP foram criadas diante de um cenário de escassez de recursos *versus* crescente demanda de investimentos públicos.

condicionada ao atingimento de metas de desempenho contratualmente previstas²²⁷. Diante da legislação de regência desse tipo contratual, a eficiência, num segundo momento, passou a ser a justificativa para adoção da PPP.

Além disso, conforme aponta Kleber Luiz ZANCHIM, a adoção da PPP no Brasil consolidou uma evolução no modo de contratação do Estado brasileiro: para contratos administrativos, a ideia era suprir necessidades da própria Administração, sendo ela a responsável por desembolsar os valores para o investimento/custeio. Para concessões comuns, a intenção era a universalização dos serviços públicos, tendo a iniciativa privada a responsabilidade pelo investimento. Na PPP, último modelo, envolve os dois modelos anteriores para sanear os “gargalos de infraestrutura”, podendo ser serviços públicos ou serviços à própria Administração, cujo desembolso será realizado tanto pelo Estado quanto pelo parceiro privado²²⁸.

O art. 2º da Lei nº 11.079/2004 define a parceria público-privada como o “contrato administrativo de concessão, na modalidade patrocinada ou administrativa”. A própria legislação definiu cada uma das espécies. A concessão patrocinada é, conforme art. 2º, § 1º, a “concessão de serviços públicos ou de obras públicas de que trata a Lei nº 8.987/95, quando envolver, adicionalmente à tarifa cobrada do usuário contraprestação pecuniária do parceiro público ao parceiro privado”. Já a concessão administrativa (art. 2º, § 2º) é “o contrato administrativo de prestação de serviços de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, ainda que envolva execução de obra ou fornecimento e instalação de bens”.

Primeiro ponto a ser abordado é sobre a natureza jurídica das parcerias público-privadas. Conforme analisado no primeiro capítulo, e até mesmo por determinação legal, as PPP possuem natureza contratual, submetidas ao regime jurídico de direito público.

O debate doutrinário em torno do conceito de parceria público-privada encontrou terreno fértil no Brasil. Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO foi um dos doutrinadores que se insurgiram contra a configuração das PPP no país, defendendo que a concessão administrativa é uma “falsa concessão”, pois é inerente à figura da concessão que a remuneração do

²²⁷ Cfr. Marco Aurélio Barcelos SILVA (*in Concessão...*, p. 12).

²²⁸ Cfr. Kleber Luiz ZANCHIM (*in Contratos...*, p. 81)

concessionário seja realizada mediante tarifa paga pelo usuário, mesmo que parcial. De tal forma, caracteriza a concessão administrativa como simples contrato de prestação de serviços²²⁹²³⁰.

Há, ainda, o entendimento de Kleber Luiz ZANCHIM, no qual caracteriza a concessão administrativa como um “contrato público *sui generis*”, pois, por um lado, não se trata necessariamente de um serviço público a ser contratado e, por outro, afasta-se do conceito de contrato administrativo por haver uma distribuição de riscos contratada e o particular permanecer no projeto por longo prazo.

Todavia, como analisado previamente, a noção de concessão de serviço público evoluiu com os anos, permitindo o enquadramento de concessões cuja remuneração do particular é realizada apenas pelo poder público. Além disso, a concessão administrativa distingue-se do contrato de prestação de serviços em razão da delegação ao particular de todas as etapas do processo – desenho, construção, financiamento e operação do equipamento (DBFO), seja ele atrelado à prestação de um serviço público ou a serviços prestados diretamente à Administração²³¹.

O conceito que nos parece mais completo para caracterizar a parceria público-privada no Brasil é proposto por Maria Adelaide Campos FRANÇA, definindo-a como “o contrato administrativo de concessão, de longo prazo, celebrado entre a Administração Pública e o setor privado, em regime de compartilhamento de riscos, que pode ter por objeto (i) a execução de serviço público, precedida ou não de obra pública, cuja remuneração acresce às tarifas pagas pelos usuários uma contraprestação pecuniária do parceiro público, ou (ii) a prestação de serviço de que a Administração Pública seja usuária direta ou indireta, com ou sem a execução de obra pública e fornecimento e instalação de bens, mediante contraprestação do parceiro público, cabendo, em ambos os casos, ao parceiro privado a concepção, estruturação, financiamento,

²²⁹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso...*, p. 801

²³⁰ Cfr. Kleber Luiz ZANCHIM (*in Contratos...*, p. 80)

²³¹ Corroborar esse entendimento o art. 2º, § 4º, inciso III, da Lei nº 11.079/2004, uma vez que veda a celebração de contratos de parceria público-privada que tenham como objeto único o “fornecimento de mão-de-obra, o fornecimento e instalação de equipamentos ou a execução de obra pública”. Nesse sentido, a intenção da norma é permitir à Administração contratar um serviço na sua integralidade, incluindo o desenho e financiamento do equipamento público a ser disponibilizado.

execução, conservação e operação, com eficiência e qualidade, do empreendimento destinado à fruição direta ou indireta da coletividade, durante todo o prazo estipulado, e ao Poder Público, em contrapartida, o dever de assegurar ao parceiro privado as condições de exploração e remuneração, após a efetiva oferta de obra ou serviço pelo parceiro privado, nos termos ajustados”²³².

Dessa definição podemos identificar os traços inovadores da Lei nº 11.079/2004 no quadro das contratações públicas brasileiras. A adoção do modelo DBFO para a prestação dos serviços, em que o parceiro privado é responsável desde a confecção até a operação do empreendimento, não era permitido pela legislação vigente. O subsídio às tarifas pagas pelos usuários já era possível nas concessões comuns, sujeitas à Lei nº 8.987/95²³³, mas a possibilidade de serviços públicos serem custeados exclusivamente por contraprestações públicas é outra inovação.

Outro ponto importante é o financiamento integral pelo privado e sua remuneração ser iniciada somente após a disponibilização do serviço, mesmo que de forma parcial (art. 7º, parágrafo único, da Lei nº 11.079/2004). Apesar de haver a modalidade contratual do tipo *turn key*, a contraprestação pecuniária da Administração ocorria no decorrer da obra/serviço. Na modalidade criada, o parceiro privado fica responsável pelo financiamento do empreendimento, amortizando o valor no decorrer do prazo da concessão²³⁴. Por fim, o compartilhamento de riscos será analisado posteriormente.

²³² Ob. cit, p. 27.

²³³ Cfr. Floriano de Azevedo MARQUES NETO (*in As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, número 2, maio/junho/julho de 2005, Salvador, p. 11). No mesmo sentido, Marco Aurélio Barcelos SILVA (*in Concessão...*, p. 52).

²³⁴ Apesar de ser essa a concepção original nos contratos de PFI no Reino Unido, na União Europeia e até mesmo na redação original da Lei nº 11.079/2004, o Governo brasileiro editou a Medida Provisória nº 575, posteriormente transformada na Lei nº 12.766/2012, permitindo o aporte de recursos públicos em favor do parceiro privado – introduzindo o art. 6º, § 2º, na Lei nº 11.079/2004. O aporte de recursos é possível na realização de obras e aquisição de bens reversíveis. O intento da criação do aporte de recursos é tornar a parceria público-privada mais atrativa para o mercado, uma vez que distingue o aporte da contraprestação pública. O primeiro seria em decorrência de investimentos em obras e aquisição de bens reversíveis ao poder público, com tratamento tributário distinto, a não incidir os tributos decorrentes do faturamento (art. 6º, § 3º, da Lei nº 11.079/2004). Já a contraprestação possui natureza de remuneração, por estar atrelada à disponibilidade/qualidade do serviço.

3.3.1 A opção pela Parceria Público-Privada – *Value for money*

Pedro MELO enfatiza que o conceito jurídico de eficiência, também inserido no Direito português, é distinto daquele conceito econômico, vinculado a economicidade, produtividade, racionalização eficiência e rendibilidade. Para o autor, a conceituação jurídica une os conceitos de eficiência, relacionada aos recursos consumidos para o atingimento de determinado fim, com eficácia, verificada comparando-se os resultados obtidos com os objetivos previamente determinados²³⁵. Assim, numa conformação entre eficiência e eficácia, o conceito relaciona-se ao alcance, pela Administração, dos objetivos de bem estar coletivo a serem alcançados da melhor maneira possível, sendo esse o primeiro fundamento da privatização da Administração²³⁶.

No Brasil, a eficiência administrativa é alçada a princípio constitucional da atividade administrativa por meio da Emenda Constitucional nº 19/1998, tendo duas acepções: voltada ao modo de ação do agente público, que deve exercer seu múnus da melhor maneira possível, e quanto ao modo de “organizar, estruturar, disciplinar a Administração pública”²³⁷. Por ter assento constitucional, o princípio da eficiência administrativa irradia sua força por todo o ordenamento, vinculando a aplicação das normas infraconstitucionais e, conseqüentemente, a atividade administrativa²³⁸.

Traço comum das parcerias público-privadas é a busca pela eficiência administrativa. O art. 4º, inciso I, da Lei nº 11.079/2004 determina que, nas contratações via PPP, o Estado deve buscar a eficiência no cumprimento de suas missões e no emprego dos recursos públicos. Não haveria razão para a inserção da eficiência como diretriz para a opção pela parceria público-privada se essa é princípio constitucional da atividade administrativa.

²³⁵ MELO, Pedro. *O juízo de eficiência na alteração das circunstâncias das parcerias público-privadas*. In Estudos de Direito Público, 1ª Ed., Coimbra Editora: Coimbra, 2011, p. 38.

²³⁶ *Idem*, p. 41. No mesmo sentido, Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*in Curso...*, p. 126) e Marçal JUSTEN FILHO (*in Curso...*, p. 222).

²³⁷ Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*Direito...*, p. 84)

²³⁸ Celso Antônio BANDEIRA DE MELLO (*in Curso...*, p. 126) aponta que a eficiência não pode ser entendida de maneira desarticulada com o princípio da legalidade, uma vez que toda a atividade administrativa opera-se conforme o Direito e mediante norma autorizativa.

Todavia, a lei regulamentadora foi além e exigiu, conforme art. 10, da Lei nº 11.079/2004²³⁹, que a autoridade competente demonstre, via estudo técnico fundamentado, a conveniência e a oportunidade da opção pela parceria público-privada, contendo a identificação das razões que a justifiquem. Além disso, deve a autoridade demonstrar o impacto orçamentário-financeiro da PPP nos exercícios em que o contrato vigorar, bem como a capacidade estatal em comportar tais despesas. Numa leitura apressada, poder-se-ia entender que o comando do art. 10, inciso I, alínea *a*, da referida lei, diante da locução “conveniência e oportunidade”, concede ao administrador público a discricionariedade da escolha do modelo de PPP, ou seja, a escolha vincular-se-ia apenas ao mérito administrativo.

Apesar de a lei não se referir expressamente ao comparativo entre setor público e privado e a melhor relação custo/benefício (*value for money* - *VfM*), subjaz ao modelo de PPP que essa opção seja a melhor possível dentre as disponíveis. Nesse sentido, “o *VfM* depende da otimização da transferência e afectação dos riscos do projecto às diferentes partes envolvidas,

²³⁹ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

I – autorização da autoridade competente, fundamentada em estudo técnico que demonstre:

a) a conveniência e a oportunidade da contratação, mediante identificação das razões que justifiquem a opção pela forma de parceria público-privada;

b) que as despesas criadas ou aumentadas não afetarão as metas de resultados fiscais previstas no Anexo referido no § 1º do art. 4º da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, devendo seus efeitos financeiros, nos períodos seguintes, ser compensados pelo aumento permanente de receita ou pela redução permanente de despesa; e

c) quando for o caso, conforme as normas editadas na forma do art. 25 desta Lei, a observância dos limites e condições decorrentes da aplicação dos arts. 29, 30 e 32 da Lei Complementar nº 101, de 4 de maio de 2000, pelas obrigações contraídas pela Administração Pública relativas ao objeto do contrato;

II – elaboração de estimativa do impacto orçamentário-financeiro nos exercícios em que deva vigorar o contrato de parceria público-privada;

III – declaração do ordenador da despesa de que as obrigações contraídas pela Administração Pública no decorrer do contrato são compatíveis com a lei de diretrizes orçamentárias e estão previstas na lei orçamentária anual;

IV – estimativa do fluxo de recursos públicos suficientes para o cumprimento, durante a vigência do contrato e por exercício financeiro, das obrigações contraídas pela Administração Pública;

V – seu objeto estar previsto no plano plurianual em vigor no âmbito onde o contrato será celebrado;

VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital; e

VII – licença ambiental prévia ou expedição das diretrizes para o licenciamento ambiental do empreendimento, na forma do regulamento, sempre que o objeto do contrato exigir.

requerendo que, na preparação e contratação da parceria, seja aferida a vantagem esperada pelo sector público em resultado da participação do sector privado”²⁴⁰.

Maria Eduarda AZEVEDO, seguindo advertências da União Europeia e do Fundo Monetário Internacional (FMI), aponta que a opção pela PPP não deve ser movida por soluções financeiras “milagrosas”, mas antes constituir-se de uma solução viável “entre uma série de alternativas a implementar quando as características dos projectos e as condições de liquidez e financiamento do mercado o recomendem, sem embargo da demonstração clara e inequívoca das vantagens e benefícios efectivos para o sector público”²⁴¹.

A inserção da eficiência como diretriz na formulação das parcerias público-privadas, associada às determinações do art. 10 da Lei nº 11.079/2004, induz à interpretação da necessária demonstração de que opção pelo modelo somente é permitida se for mais eficiente que outros modelos disponíveis à Administração, v. g., as concessões comuns ou a prestação direta do serviço. Assim, a PPP possui carácter subsidiário, pois ela somente poderá ser utilizada se o custo-benefício (aqui inserida a análise de custo financeiro e de qualidade) for melhor que a prestação direta ou por outros meios de delegação²⁴².

No contexto da inserção das parcerias público-privadas no Brasil, e pela natureza dos serviços que são delegados por esse modelo – serviços *uti singuli* deficitários ou subsidiados, para garantir a modicidade da tarifa, e serviços não passíveis de individualização (*uti universi*), uma vez que há a transferência de recursos públicos para a prossecução de necessidades coletivas, o primeiro aspecto a ser analisado é se a concessão justifica-se em detrimento da prestação direta pelo Estado. A opção pela PPP somente poderá ocorrer se restar demonstrado que esta é melhor que a prestação direta ou outros meios de concessão.

²⁴⁰ Cfr. Maria Eduarda AZEVEDO (*in As parcerias...*, p. 357).

²⁴¹ *Idem*, p. 355

²⁴² Cfr. Pedro MELO (*in O juízo...*, p. 47). O autor aponta que PPP “só deverá ser produzida se, ao fim e ao cabo, ficar demonstrado que prossecução de uma determinada necessidade colectiva será mais bem conseguida pelos ‘privados’ do que pelo Estado”. No mesmo sentido, Marcos NÓBREGA (*in Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latim, 2011, p. 61). Esse autor aponta que a Administração deverá provar que a opção pela PPP é superior às demais modalidades de prestação dos serviços.

O segundo ponto a ser analisado é se o modelo de PPP proposto acresce eficiência ao serviço a ser prestado. Não basta apenas o investimento estrutural, mas a melhoria na gestão operacional e final dos serviços – racionalização e qualidade dos serviços²⁴³. Desse modo, se a motivação para a adoção da PPP é aliviar o erário nos investimentos em infraestrutura, há desvio de finalidade, pois elemento intrínseco à opção pela parceria público-privada é o ganho de eficiência desse modelo em detrimento da prestação direta ou outros modelos concessórios.

Assim, embora o art. 10, inciso I, alínea *a*, da Lei nº 11.079/2004, permita a interpretação de que a opção pela parceria público-privada trata-se de discricionariedade administrativa, ou seja, pela análise de conveniência e oportunidade de sua adoção, temos que o modelo de PPP é vinculado à demonstração dos requisitos de melhor custo-benefício para a Administração²⁴⁴ e que não se trata pura e simplesmente de escolha para aliviar o erário com relação a investimentos infraestruturais; sendo, pois, a sua eleição ato vinculado da autoridade competente.

3.3.2. Aspectos importantes da etapa pré-contratual das parcerias público-privadas

Com a opção da Administração pela prestação de serviços via parceria público-privada, é iniciado o procedimento pré-contratual de contratação, ou seja, a definição dos requisitos para participação de empresas e consórcios na licitação (concurso público), demarcação de níveis de serviço e metodologia para sua aferição, elaboração de edital e contrato, entre outros. Por se tratar de pontos relevantes para o presente trabalho, necessário pontuar algumas etapas do procedimento que impactam diretamente na execução e na fixação dos pressupostos da contratação, em suma, sob quais condições o contrato foi celebrado.

Como analisado no tópico anterior, a adoção do modelo de PPP pressupõe ganhos de eficiência à prestação de serviço, devendo ser comprovados pela autoridade competente os

²⁴³ Cfr. Maria Eduarda AZEVEDO (*in Concessão...*, p. 351). A autora aponta que em Portugal a opção pela PPP pode funcionar como escapatória ao condicionalismo orçamentário, tendo como “principal motivação a vontade de contornar limites orçamentais, secundarizando ou negligenciando a vertente de obtenção de *VfM*” (p. 450).

²⁴⁴ No mesmo sentido, Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Aspectos...*) sustenta que a determinação de a autoridade demonstrar a decisão baseou-se em premissas técnicas, sendo imperioso consignar que “a opção concreta pela PPP traduz a melhor formatação à valorização do dinheiro público”.

estudos técnicos que fundamentem a decisão (art. 10, inciso I, da Lei nº 11.079/2004). O estudo técnico deve demonstrar a viabilidade econômica do empreendimento, confrontando os custos para instalação e operação e o retorno do capital investido, ou seja, a remuneração propriamente dita do capital. Marçal JUSTEN FILHO aponta que as PPPs foram bem sucedidas em países onde a contratação envolveu “minuciosa análise de viabilidade técnica das propostas e da detida discussão entre a Administração Pública e os possíveis interessados”²⁴⁵.

Fernando Vernalha GUIMARÃES aponta que o processo de uma licitação de PPP possui duas grandes etapas: a interna, caracterizada pelos atos e providências preparatórios para a realização da licitação; e a fase externa, iniciada quando da consulta pública aos interessados e encerrada com a adjudicação do objeto ao vencedor²⁴⁶.

A Lei nº 12.766/2012 incluiu o parágrafo quarto no art. 10 da Lei nº 11.079/2004, cujo principal objetivo é melhorar os estudos de viabilidade do empreendimento. Referido parágrafo determina que “os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras”. Aliados a isso, em vários de seus aspectos, aplicam-se subsidiariamente os ditames da Lei nº 8.987/95, segundo a qual, no seu art. 21, pressupõe a existência de estudos prévios à licitação para identificar a viabilidade.

Marçal JUSTEN FILHO defende que os editais de licitação de concessão devem prever as condições para amortização do investimento realizado, sendo vedada a licitação de uma concessão “sem a identificação dos encargos e das vantagens assegurados ao licitante”²⁴⁷. Para o autor, a realização desse estudo demonstra que o particular dispõe de condições para recuperação da inversão e obtenção de lucro razoável.

Os aspectos a serem analisados previamente pela Administração envolvem “a tecnologia a ser utilizada, a sustentabilidade financeira do projeto, os aspectos operacionais e técnicos do

²⁴⁵ Ob. cit., p. 836.

²⁴⁶ GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Aspectos jurídicos da licitação na parceria público-privada*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 73-97, mar/ago 2013.

²⁴⁷ *Idem*, p. 773

setor, os instrumentos de fiscalização e regulação do contrato, as garantias a serem oferecidas, a matriz de riscos que exsurge da atividade a ser realizada, sua respectiva alocação e medidas mitigadoras, os mecanismos de financiamento do projeto, a taxa de retorno que indica o potencial mínimo de atratividade, dentre outros”²⁴⁸

Assim, é exigência para a que ocorra a licitação (concurso público) de um contrato a existência de minucioso estudo prévio a demonstrar a viabilidade técnico-econômica da concessão.

Após a realização do estudo, a Administração deve submetê-lo a escrutínio público, por força do art. 10, inciso VI, da Lei nº 11.079/2004²⁴⁹, para que os interessados possam enviar sugestões de melhoramentos ao termo de referência, denominado Procedimento de Manifestação de Interesse (PMI). Conforme Augusto Neves DAL POZZO, o PMI é “um rótulo convencionado para identificar o conjunto de normas que estabelece o rito procedimental a ser observado pela Administração sempre que pretender obter da iniciativa privada colaboração técnica para modelagens de concessões e Parcerias Público-Privadas”²⁵⁰.

O chamamento público aos interessados tem por objetivo o recebimento pela Administração de elementos de ordem jurídica, econômica e técnica para aperfeiçoamento das condições da contratação, uma vez que os contratos de PPP são, geralmente, de objetos complexos, necessitando da expertise do setor privado na elaboração de um contrato mais acertado às expectativas da Administração – serviço adequado – e do concessionário – justa

²⁴⁸ Cfr. Augusto Neves DAL POZZO (in *Procedimento de Manifestação de Interesse e o planejamento estatal de infraestrutura*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, p. 23-33, jun. 2014).

²⁴⁹ VI – submissão da minuta de edital e de contrato à consulta pública, mediante publicação na imprensa oficial, em jornais de grande circulação e por meio eletrônico, que deverá informar a justificativa para a contratação, a identificação do objeto, o prazo de duração do contrato, seu valor estimado, fixando-se prazo mínimo de 30 (trinta) dias para recebimento de sugestões, cujo termo dar-se-á pelo menos 7 (sete) dias antes da data prevista para a publicação do edital;

²⁵⁰ Cfr. Augusto Neves DAL POZZO (in *Procedimento...*). Bernardo Strobel GUIMARÃES (in *Proposta de Manifestação de Interesse – Riscos públicos e riscos privados*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 31-57, set. 2014/fev. 2015) conceitua PMI como “procedimento de diálogo entre Administração e particulares que visam a permitir a contribuição do mercado na definição do próprio objeto a ser licitado”.

remuneração²⁵¹. Ele pode se dar tanto por iniciativa da própria Administração ou por iniciativa do particular, que propõe a ela a elaboração de estudos de viabilidade econômica e modelagem de concessões²⁵².

Apesar do chamamento público, a Administração, e não deveria ser de outra forma, não se encontra vinculada às soluções propostas pela iniciativa privada, tendo a discricionariedade para acatar as sugestões, passando pelo crivo da área técnica estatal. Assim, a Administração pode alterar os projetos e sugestões encaminhadas indiscriminadamente, pois, ao examiná-los, “está a exercer, de maneira soberana, atividade que lhe é exclusiva e indelegável”²⁵³.

Por fim, exige o art. 5º, combinado com o art. 11, *caput*, ambos da Lei nº 11.079/2004, que a minuta do edital de licitação (concurso público) contenha a respectiva minuta contratual, detalhando o tanto quanto possível a relação contratual.

Essa exigência, aliada à definição exclusiva por parte da Administração no tocante à modelagem jurídica, econômica e financeira da parceria, impõe a interpretação, conforme analisado no primeiro capítulo, de que os contratos de parceria público-privada configuram-se de contratos de adesão, ou seja, uma das partes define unilateralmente os termos e condições contratuais. Tal natureza desses contratos impacta, principalmente em contratos de longa duração, quanto à interpretação e quanto à regulação do ajuste, mormente no tocante a sujeições não previstas ou previstas, porém, de consequências incalculáveis.

3.4. Distribuição de riscos nos contratos

²⁵¹ Cfr. Augusto Neves DAL POZZO (*in Procedimentos...*) e Fernando Vernalha Guimarães (*in Proposta...*). Bernardo Strober GUIMARÃES aponta que apesar de ser um instrumento eficaz na modelagem das PPP, o PMI impõe riscos à Administração, sobretudo no risco de captura da Administração pelo particular em decorrência da assimetria de informações existente entre as partes envolvidas. Diante disso, propõe que a Administração disponha de mecanismos técnicos para análise das propostas apresentadas, contratando consultores para tanto.

²⁵² Para maior detalhamento quanto a esse aspecto, ver Augusto Neves DAL POZZO (*in Procedimentos...*) e Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Proposta...*).

²⁵³ Cfr. Augusto Neves DAL POZZO (*in Procedimentos...*).

3.4.1. Autonomia nos contratos privados

Os contratos surgiram, como analisado, durante o período romano, porém se tornaram instrumentos típicos no liberalismo. Originavam-se de declarações de vontade consentidas e comungadas das partes, sendo a força obrigatória contratual – vinculatividade – decorrente simplesmente da autonomia do querer. A autonomia privada era definida como “o poder concedido ao sujeito para criar a norma individual nos limites deferidos pelo ordenamento jurídico”²⁵⁴.

A liberdade de contratar conferida no período liberal era assente em três fundamentos. O primeiro é a liberdade contratual, que no sentido positivo significava a liberdade de escolher o contraente e de fixar o conteúdo contratual e, no sentido negativo, a liberdade de não contratar²⁵⁵. Caio Mario da Silva PEREIRA aponta que a liberdade contratual é o arbítrio para decidir por firmar o contrato, o tipo contratual e no poder de “fixar o conteúdo do contrato, redigidas suas cláusulas ao sabor do livre jogo das conveniências dos contratantes”²⁵⁶.

O segundo fundamento era a intangibilidade do pactuado, a obrigatoriedade dos efeitos contratuais – *pacta sunt servanda*. Por esse instituto, entendia-se o contrato ser justo por se originar da vontade das pessoas livres, o que significava a “abstenção do julgador de envolver-se na apreciação do conteúdo substantivo do clausulado, cingindo-se a uma apreciação formalista”²⁵⁷. Assim, não podia haver interferência estatal no cumprimento das obrigações avençadas, devendo o contrato ser cumprido na sua integralidade.

O terceiro fundamento é a relatividade contratual, segundo a qual o contrato vincula somente as partes, sendo proibida a interferência de terceiros cuja vontade é “elemento estranho à formação do negócio jurídico”²⁵⁸. Era uma premissa do pensamento liberal a igualdade entre as

²⁵⁴ FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Direito dos Contratos*. 4ª ed., Pituba: JusPodivm, 2014, p. 138.

²⁵⁵ *Idem*, p. 135.

²⁵⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – v.3*. 18ª ed. Rio de Janeiro: Forense, p. 21. Nas palavras de SERVULO CORREIA (*in Legalidade...*, p. 432), “a autonomia privada é a permissão da criação pessoal de efeitos jurídicos não predeterminados por outras regras e a titularidade e exercício do correspondente poder”.

²⁵⁷ FARIAS, Cristiano Chaves *et. al.* (*Curso...*, p. 135)

²⁵⁸ *Idem*, p. 136.

partes, isto é, os contraentes teriam poder de negociação equivalente, sendo suficiente para a validade do contrato o cumprimento dos requisitos de validade e a inexistência de vícios de consentimento²⁵⁹. A liberdade contratual era a ausência de intervenção estatal no pactuado.

O paradigma liberal do contrato foi substituído pela noção de justiça contratual no Estado Democrático de Direito. O contrato continua como o veículo para a satisfação do indivíduo e dentro da sua liberdade individual, de autonomia privada, mas deverá cumprir sua função social, no sentido de que o contrato respeitará princípios da ordem pública e dos bons costumes²⁶⁰. Subjaz a esse entendimento, da substituição da liberdade contratual pela justiça contratual, de que há diferenças substanciais entre os contraentes, não sendo uma das partes – o mais fraco – livre para pactuar: o mais forte na relação consegue lhe impor regras e obrigações.

A Constituição brasileira adotou o princípio da solidariedade social e a livre iniciativa econômica como alguns de seus pilares (art. 1, inciso III, e art. 170, ambos da CR/88). Os princípios constitucionais passaram a ditar mesmo as relações privadas, o que muitos denominaram a “constitucionalização do Direito civil”²⁶¹. Nesse sentido, a “Constituição não reduz a autonomia contratual, mas cria mecanismos de controle de sua legitimidade. A liberdade é consentida pelo sistema, pois a ordem econômica não é a corda que asfixia o ser humano, mas aquela que retira a pessoa do pântano que movia o liberalismo”²⁶².

Com a edição do Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002), a função social foi inserida como norma regulamentadora do contrato – art. 421²⁶³. Além disso, a liberdade de

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 44. Caio Mário da Silva PEREIRA (*in Instituições...*, p. 25) aponta que no direito francês, durante o período liberal, a autonomia da vontade era demasiada ampla. Assim, “proclamou-se que cada um tem o direito de proceder livremente, contratando ou deixando de contratar; ajustando toda espécie de avenças; pactuando qualquer cláusula; e o juiz não pode interferir, ainda quando o contrato resulte para uma das partes a ruína completa”.

²⁶⁰ Cfr. Caio Mário da Silva PEREIRA (*in Instituições...*, p. 24). O autor aponta que esse dirigismo contratual – a restrição à liberdade contratual – levou alguns juristas a proclamarem a morte do contrato (André Toullemon, Gaston Morin, Barreyre) “por não admitirem uma vontade contratual que não seja filha da plena liberdade”.

²⁶¹ Cfr. Cristiano Chaves FARIAS *et al* (*in Curso...*, p. 136), apesar da CR/88 modificar o paradigma do Estado brasileiro, permaneceu vigente o Código Civil de 1916, numa espécie de “mal-estar constitucional”. Somente após a edição do Código Civil de 2002 que houve, de fato, a incidência das normas constitucionais sobre o regramento das relações privadas.

²⁶² *Idem*, p. 136

²⁶³ Art. 421. A liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato.

contratar passou a ser circunscrita pelos valores constitucionais. Exemplo é o abuso de direito, previsto no art. 187 do Código Civil, considerado ato ilícito objetivo, caracterizado “pela desproporção entre o exercício da situação jurídica e o resultado a que se propõe”²⁶⁴.

A liberdade e a autonomia contratual permanecem, porém, condicionadas a normas de direito em prol da funcionalização da igualdade substancial, da solidariedade e da justiça contratual²⁶⁵. Nesse sentido, o Conselho da Justiça Federal editou o Enunciado nº 23, no qual consignou que “a função social do contrato, prevista no art. 421 do novo Código Civil, não elimina o princípio da autonomia contratual, mas atenua ou reduz o alcance desse princípio quando presentes interesses metaindividuais ou interesse individual relativo à dignidade da pessoa humana”. Assim, a liberdade contratual privada é delimitada negativamente, com normas estabelecedoras de proibições e imposições aos contraentes privados²⁶⁶.

Em relação aos riscos, a legislação permite que as partes contratantes os destinem livremente, desde que não existam restrições legais e que essa distribuição não seja desproporcional a uma das partes. Essa liberdade contratual é verificada no art. 425 do Código Civil, ao permitir às partes estipular contratos atípicos, desde que observadas as normas gerais fixadas no Código e respeitados os princípios da boa-fé e dos bons costumes. Assim, a alocação dos riscos contratuais perpassa pela livre negociação entre as partes envolvidas²⁶⁷.

²⁶⁴ Cfr. Cristiano Chaves Farias et al (*in Curso...*, p. 140)

²⁶⁵ *Idem*, p. 143.

²⁶⁶ SÉRVULO CORREIA, José Manuel. *Legalidade...*, p. 449.

²⁶⁷ Apesar de vigir no Brasil uma espécie de autonomia da vontade “condicionada”, há uma corrente, inspirada na análise econômica do direito, que aponta a justiça contratual como paternalismo estatal. Conforme Cristiano Chaves FARIAS *et al* (*in Curso...*, p. 45), a ideia central da teoria é considerar o contrato uma ferramenta jurídica para facilitar as transações de mercado e que qualquer interferência estatal acaba por desarranjar o próprio mercado. Assim, “a excessiva intervenção judicial nos contratos pode trazer instabilidade jurídica e insegurança no ambiente econômico, acarretando mais custos de transação às partes, para que negociem e façam cumprir os pactos”. De tal modo, aparecem externalidades negativas na justiça contratual, pois o risco de perda (considerada perda efetiva do litígio pela parte mais forte) será precificado, repassado à coletividade. Essa externalidade acaba por mitigar o princípio da justiça contratual. Por isso, propõem os defensores dessa corrente que o objetivo da ordem jurídica é maximizar o bem-estar social, conciliando justiça e eficiência, pois “a eficiência é o resultado justo das opções livres à medida que traduz uma maximização dos resultados desejados (significando, em suma, que a eficiência é uma forma de justiça)”.

Aline de Miranda Valverde TERRA e Paula Greco BANDEIRA²⁶⁸ apontam que o contrato traduz-se em um instrumento de “gestão de riscos econômicos merecedor de tutela, apto a estimular negócios que concretizem, para além dos interesses dos contratantes, outros interesses contratuais dignos de proteção”. Nesse sentido, constata-se que a alocação dos riscos deve ser identificada no caso concreto, diante de suas especificidades, e que com ela se fixa o sinalagma contratual ou a comutatividade do contrato, a equação econômica pretendida.

As autoras argumentam que, em certos contratos típicos, os critérios de alocação de riscos estão estabelecidos pela lei. Porém, as partes são livres e possuem autonomia para fixarem os riscos de forma diversa da lei, “inserindo na sua causa repartição de risco específica e incomum a certa espécie negocial”²⁶⁹. Na alocação dos riscos, há a gestão positiva, em que as partes alocam os riscos previsíveis conforme seus interesses; e a gestão negativa, operando-se ao deixar o contrato incompleto, sem alocar *ex ante* o risco econômico previsível superveniente – perdas e ganhos são distribuídos posteriormente.

3.4.2. Risco nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93 e nas concessões comuns

A atividade administrativa é condicionada ao princípio da legalidade, prevista nos art. 5º, inciso II, e art. 37, *caput*, da CR/1988. A doutrina aponta, em regra, que no conceito trazido pela Constituição, a Administração somente pode atuar com base no que a lei permite e determina²⁷⁰, diferentemente do que ocorre na autonomia privada, como visto na seção anterior.

²⁶⁸ TERRA, Aline Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. *A Cláusula Resolutiva Expressa e o Contrato Incompleto como Instrumento de Gestão de Risco nos Contratos*. Revista Brasileira de Direito Civil, out/dez 2015, volume 6. Instituto Brasileiro de Direito Civil.

²⁶⁹ *Idem*, p. 5.

²⁷⁰ Cfr. Celso Antônio Bandeira de MELLO (*in Curso...*, p. 108); Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*in Direito...*, p. 65). De acordo com Hely Lopes MEIRELLES (*in Direito...*, p. 91), expoente dessa corrente no direito brasileiro, na Administração não há liberdade nem vontade pessoal – “enquanto na administração particular é lícito fazer tudo que a lei não proíbe, na Administração Pública só é permitido fazer o que a lei autoriza”.

O princípio da legalidade pode ser dividido em reserva de lei – a prática de um ato deve corresponder à sua previsão em lei vigente – e preferência de lei, em que os atos administrativos não devem contrariar as normas jurídicas que os regulamentam. A reserva de lei foi concebida para evitar a ocorrência de arbitrariedades, ou seja, para a atuação administrativa em qualquer situação há de existir norma autorizativa.

Além da necessária permissão legal para a prática de determinado ato, a atividade administrativa está sujeita à compatibilidade com a Constituição, ou seja, a validade de um ato da Administração depende de sua conformidade com as determinações da lei maior. De tal modo, “é indispensável não só a autorização superior da Constituição, mas também uma manifestação concreta e determinada produzida por meio de lei”²⁷¹.

O Superior Tribunal de Justiça, no RMS 16.536/PE, sustenta que “com o advento da Constituição da República de 1988 foi ampliado o conceito da legalidade, sob o prisma axiológico. Dentro desse conceito amplo de legalidade, a atividade administrativa deve estar pautada nos princípios gerais de direito e nos princípios constitucionais, sob pena de ser considerada ilegal, por não atender aos fins públicos colimados no Estado Democrático de Direito.”²⁷².

Destarte, ao contrário da autonomia privada, espaço “livre, garantido e delimitado apenas por uma via negativa, que nem requer a previsão heterônoma e específica de cada conduta permitida”²⁷³, a autonomia pública encontra algumas restrições. A autonomia pública é definida por SÉRVULO CORREIA como a “permissão da criação, no âmbito dos actos administrativos e dos contratos administrativos, de efeitos de direito não predeterminados por normas jurídicas e titularidade e exercício do correspondente poder”²⁷⁴.

²⁷¹ Cfr. Marçal Justen FILHO (*in Curso...*, p. 231).

²⁷² Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma, RMS 16.536/PE, rel. Min. Celso Limongi, Desembargador Convocado do TJSP, publicado em 22.02.2010.

²⁷³ Cfr. José Manuel Sérvulo CORREIA (*in Legalidade...*, p. 466)

²⁷⁴ *Idem*, p. 470. O autor aponta que, assim como analisado no primeiro capítulo, há correntes que rejeitam a liberdade contratual (autonomia da vontade) da Administração (p. 596). Porém, a predeterminação pela norma do fim ou do fim e de conteúdo mínimo obrigatório nos contratos administrativos não elimina o acordo de vontades.

Em matéria contratual, o autor entende que a reserva de norma jurídica, por sua origem vinculada aos atos administrativos unilaterais, não se aplica integralmente aos contratos, pois há um acordo de vontades entre as partes. A celebração contratual é voluntária pelo particular e ambas as vontades possuem idêntico valor jurídico, não se traduzindo o contrato no exercício de autoridade pela Administração. Não obstante, pela natureza de contratos de adesão aos quais muitos contratos administrativos são submetidos – e no Brasil todos os são, como visto no primeiro capítulo, podem existir desproporcionalidades criadoras de riscos de coerção aos particulares²⁷⁵.

O conceito de autonomia pública contratual encontra-se vinculado à possibilidade de estipular contratualmente algo que não esteja predeterminado, ou seja, para os casos em que os efeitos jurídicos estão predeterminados em norma jurídica, não há espaço para apreciação do administrador público: aplica-se o estipulado pela norma. Nesse sentido, “a legalidade do conteúdo do contrato administrativo típico é sobretudo uma questão de precedência de lei: as cláusulas estipuladas não podem contrariar o disposto nas normas legais e regulamentares injuntivas que estabelecem o regime do contrato”²⁷⁶.

Nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, o regime da alocação de riscos é definido pela própria lei. O art. 65, que trata do regime de alteração dos contratos administrativos, aloca no particular apenas os riscos normais do negócio, ou seja, os riscos inerentes à própria atividade desenvolvida, como a variação normal de custos – também denominada de álea empresarial. A maior parte dos riscos fica a cargo da Administração²⁷⁷.

O art. 65 da Lei nº 8.666/93 imputa à Administração os riscos decorrentes da modificação unilateral do contrato, decorrente do uso das prerrogativas administrativas em matéria contratual

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 565.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 626.

²⁷⁷ Fabiane Tessari Lima SILVA (*in Alocação de Riscos em contratos de concessão comum e de PPPs – Do rebus sic standibus ao Pacta Sunt Servanda?*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 33-46, mar./ago. 2014.) sublinha que a Lei nº 8.666/93 aloca automaticamente os riscos correspondentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária à Administração. No mesmo sentido, Maria Adelaide Campos FRANÇA (*in Parcerias...*, p. 96). Kleber Luiz ZANCHIM (*in Contratos...*, p. 78) entende que nessa modalidade de contrato administrativo, todo o risco é de responsabilidade da Administração e, em sua ocorrência, é dever administrativo o reestabelecer o equilíbrio original do contrato.

– art. 65, inciso I, alínea *a* e art. 65, § 6º²⁷⁸. O risco do projeto é alocado integralmente à Administração, uma vez que o art. 7º, § 2º, inciso I, somente pode ser submetido à licitação (concurso público) os processos que contenham o projeto básico, conceituado pela lei como “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução”²⁷⁹.

O risco de alteração posterior nos tributos ou encargos legais que impactem na equação econômica do acordo é alocado na Administração²⁸⁰. Também foram alocados no contraente público os riscos de acontecimentos imprevisíveis ou previsíveis, porém de consequências incalculáveis, bem como o risco de ocorrência de caso fortuito, força maior e fato do príncipe, conforme art. 65, inc. II, alínea d, da Lei nº 8.666/93²⁸¹.

²⁷⁸ Art. 65. Os contratos regidos por esta Lei poderão ser alterados, com as devidas justificativas, nos seguintes casos: I - unilateralmente pela Administração: a) quando houver modificação do projeto ou das especificações, para melhor adequação técnica aos seus objetivos; b) quando necessária a modificação do valor contratual em decorrência de acréscimo ou diminuição quantitativa de seu objeto, nos limites permitidos por esta Lei; (...) § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

²⁷⁹ Além de a lei referenciar o projeto básico, a lei detalha quais são os elementos mínimos que o documento deve conter: “a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza; b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem; c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução; e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso; f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;”.

²⁸⁰ Art. 65 (...) “§ 5º Quaisquer tributos ou encargos legais criados, alterados ou extintos, bem como a superveniência de disposições legais, quando ocorridas após a data da apresentação da proposta, de comprovada repercussão nos preços contratados, implicarão a revisão destes para mais ou para menos, conforme o caso”.

²⁸¹ Art. 65, inciso II: “d) para restabelecer a relação que as partes pactuaram inicialmente entre os encargos do contratado e a retribuição da administração para a justa remuneração da obra, serviço ou fornecimento, objetivando a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro inicial do contrato, na hipótese de sobrevirem fatos imprevisíveis, ou previsíveis porém de consequências incalculáveis, retardadores ou impeditivos da execução do ajustado, ou,

De tal modo, a alocação dos riscos nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 é legislativa, posto que a o regime contratual fixado pela norma dispõe expressamente sobre a responsabilidade pela ocorrência das áleas contratuais. Não há, por parte do administrador público ou do contratado, possibilidade de alterar o regime dos riscos em função da precedência de lei, pois a definição de maneira diversa seria *contra legem*, nula de pleno direito. Ademais, o caráter de contrato de adesão dos contratos administrativos impede a discussão por parte do contraente privado acerca da referida alocação.

Todavia, necessário pontuar o entendimento de parte da doutrina de que a Lei nº 8.666/93 aloca automaticamente ao Estado apenas os riscos de modificação unilateral, modificação que repercute nos preços contratados e danos impostos pela suspensão da obra. Fora esses casos, que para essa corrente são extracontratuais e por uma questão de eficiência econômica, há espaço para a repartição de riscos nos contratos regidos por essa lei. Pela natureza de contrato de adesão, não há condições de ser definida *ex ante* as cláusulas e a adequada partilha de riscos, tornando o contrato incompleto. Assim, para o autor, a melhor solução é a possibilidade de partilha *ex ante* (durante a elaboração contratual) entre as partes²⁸².

Embora seja esse o entendimento de Marcos NÓBREGA, em nosso entendimento as disposições legislativas não permitem essa mesma interpretação, pois transfere ao contratado apenas o risco ordinário do contrato, inerente ao próprio objeto a ser prestado. Como acima descrito, o regime de alocação dos riscos previsto pela Lei nº 8.666/93 imputa à Administração os riscos extracontratuais e os riscos contratuais, se decorrentes de determinações administrativas no âmbito do contrato firmado. Destarte, a Administração, de fato, é responsável por quase a totalidade dos riscos contratuais nessa modalidade.

Nas concessões comuns de serviço público, regidas pela Lei nº 8.987/95, precedida ou não de obra pública, a lei impõe ao concessionário os riscos, conforme art. 2º, incisos II e III²⁸³,

ainda, em caso de força maior, caso fortuito ou fato do príncipe, configurando álea econômica extraordinária e extracontratual.”

²⁸² Cfr. Marcos NÓBREGA (*in Direito...*, p. 144). No mesmo sentido, Maurício Portugal RIBEIRO e Lucas Navarro PRADO (*in Comentários à Lei nº 11.079/2004 – Parceria Público-Privada. Fundamentos econômico-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 122) e Egon Bockmann MOREIRA (*in Riscos, Incertezas e Concessões de Serviços Públicos – RDPE*, 20/25) – *Apud* Vera MONTEIRO (*in A Caracterização...*, p. 174).

²⁸³ Art. 2º Para os fins do disposto nesta Lei, considera-se:

ao adicionar ao conceito de concessão a locução “por sua conta e risco”. Numa leitura inicial, pode-se entender que a norma aloca todos os riscos ao concessionário, porém a doutrina deu tratamento distinto à interpretação literal.

Ao atribuir ao concessionário os riscos do negócio, a lei limita a autonomia do privado quanto às decisões empresariais, participando ativamente (para não falar quase na integralidade, por se tratar de contrato de adesão) na modelagem do negócio, definição do projeto e diretrizes básicas operacionais, conforme art. 18, *caput* e incisos, e, em especial, art. 18, inciso XV e art. 21, todos da Lei nº 8.987/95²⁸⁴. Com a intensa ingerência no desenho do negócio, a Administração avoca parte dos riscos²⁸⁵.

II - concessão de serviço público: a delegação de sua prestação, feita pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado;

III - concessão de serviço público precedida da execução de obra pública: a construção, total ou parcial, conservação, reforma, ampliação ou melhoramento de quaisquer obras de interesse público, delegada pelo poder concedente, mediante licitação, na modalidade de concorrência, à pessoa jurídica ou consórcio de empresas que demonstre capacidade para a sua realização, por sua conta e risco, de forma que o investimento da concessionária seja remunerado e amortizado mediante a exploração do serviço ou da obra por prazo determinado;

²⁸⁴ Art. 18. O edital de licitação será elaborado pelo poder concedente, observados, no que couber, os critérios e as normas gerais da legislação própria sobre licitações e contratos e conterá, especialmente:

(...)

II - a descrição das condições necessárias à prestação adequada do serviço;

(...)

VII - os direitos e obrigações do poder concedente e da concessionária em relação a alterações e expansões a serem realizadas no futuro, para garantir a continuidade da prestação do serviço;

(...)

XIV - nos casos de concessão, a minuta do respectivo contrato, que conterá as cláusulas essenciais referidas no art. 23 desta Lei, quando aplicáveis;

(...)

XV - nos casos de concessão de serviços públicos precedida da execução de obra pública, os dados relativos à obra, dentre os quais os elementos do projeto básico que permitam sua plena caracterização, bem assim as garantias exigidas para essa parte específica do contrato, adequadas a cada caso e limitadas ao valor da obra;

(...)

Art. 21. Os estudos, investigações, levantamentos, projetos, obras e despesas ou investimentos já efetuados, vinculados à concessão, de utilidade para a licitação, realizados pelo poder concedente ou com a sua autorização, estarão à disposição dos interessados, devendo o vencedor da licitação ressarcir os dispêndios correspondentes, especificados no edital.

²⁸⁵ No mesmo sentido, Vera MONTEIRO (*in A Caracterização...*, p. 170) e Maria Adelaide Campos FRANÇA (*in Parcerias...*, p. 98). Fabiane Tessari Lima SILVA (*in Alocação...*) chega a afirmar que o modelo adotado pela Lei nº 8.987/95 conduz a um regramento semelhante ao aplicado pela Lei nº 8.666/93.

Outro aspecto que demonstra a impropriedade do termo “por sua conta e risco” na lei é a garantia do concessionário quanto ao equilíbrio econômico-financeiro, norma constitucional aplicável aos contratos administrativos e, consequentemente, às concessões. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO argumenta que, mesmo utilizando os conceitos de álea ordinária e extraordinária do contrato, no qual o poder concedente apenas assume os riscos decorrentes das áleas extraordinárias econômicas e administrativas, tendo o concessionário o direito ao reequilíbrio econômico-financeiro, mitigador dos riscos inerentes à concessão²⁸⁶. O concessionário assume os riscos da álea ordinária econômica²⁸⁷, como o risco da demanda.

Nas concessões comuns, portanto, há o compartilhamento de riscos entre o poder concedente e o concessionário. Não obstante, a extensão dessa partilha não é consenso na doutrina. DI PIETRO afirma que os riscos decorrentes de atuação unilateral da Administração, seja em matéria contratual ou geral (fato da Administração e fato do príncipe), que impactem na execução contratual devem ser alocados integralmente na Administração, pois seria ilógico o particular arcar com o ônus provocado pelo poder concedente²⁸⁸.

Por outro lado, seguindo o mesmo raciocínio exposto no tocante aos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, Maurício Portugal RIBEIRO sustenta que, nas concessões, há a possibilidade de distribuir riscos contratuais de forma diversa, de acordo com a viabilidade econômica e financeira da concessão, inclusive riscos decorrentes da atuação unilateral da Administração (fato da Administração e fato do príncipe)²⁸⁹.

Não obstante, entende-se, conforme interpretação sistemática da Lei nº 8.987/95 com a Constituição, que a modelagem das concessões comuns não permite que se estenda o

²⁸⁶ Cfr. Maria Silvia Zanella DI PIETRO (*in* *Parcerias na Administração Pública*, p. 98) *apud* Vera MONTEIRO (*in* *A Caracterização...*, p. 170).

²⁸⁷ Cfr. Beatriz Lancia Noronha de OLIVEIRA (*in* *A arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas*. Dissertação de mestrado. Universidade de São Paulo – USP: São Paulo, 2012, p. 41). Também, Celso Antônio Bandeira de MELLO (*in* *Curso...*, p. 805).

²⁸⁸ Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*in* *Parcerias...*, p. 155). É o que se extrai do seguinte trecho da obra: “O mesmo não ocorre nos casos de fato do príncipe e fato da Administração, em que o desequilíbrio decorre de ato ou fato do Poder Público. (...) Nas duas hipóteses, é inaceitável a repartição dos prejuízos, porque não se pode imputar ao contratado o ônus de arcar com os prejuízos provocados pelo contratante”.

²⁸⁹ Esse é o mesmo entendimento de Vera MONTEIRO (*in* *A Caracterização...*, p. 101) e de Marcos NÓBREGA (*in* *Direito...*, p. 145).

compartilhamento ao concessionário. A expressão “por sua conta e risco” presente no art. 2º, incisos II e III da referida norma designa apenas a álea ordinária do contrato, ou seja, a gestão do próprio serviço delegado. Ademais, o princípio da legalidade determina que a atividade administrativa depende de reserva de lei e preferência de lei. Nesse sentido, não há norma autorizativa que preveja a distribuição de riscos de forma diversa daquela estipulada na lei, o que ocorre de forma diversa na Lei nº 11.079/2004, analisada na sequência.

Sérvulo CORREIA aponta que há correntes doutrinárias a defender a possibilidade de o consentimento do contratado substituir a legalidade administrativa. Os dois argumentos dessa corrente centram-se na autonomia da vontade do particular, em razão da disponibilidade do seu direito, e pela relação contratual ser acordo de vontades, caracterizado o consentimento do privado como uma renúncia ao seu direito²⁹⁰.

Esse autor, ao contrapor essas correntes, sustenta que, no Estado Social de Direito, a legalidade é instrumento de direção da atividade administrativa. O administrado não pode, mesmo que com seu consentimento, substituir a atividade dos órgãos normativos. Ademais, “o consentimento do administrado não basta para justificar a inobservância das normas vigentes nem para dispensar uma matriz normativa para uma conduta administrativa não classificável como direito privado, porque isso se opõe ao papel necessário das normas como fator de legalidade objectiva”²⁹¹. Por fim, a função garantística do princípio da legalidade “transcende interesses meramente individuais para se dirigir simultaneamente à sociedade no seu conjunto”²⁹².

Revestindo-se, ainda, os contratos de concessão em verdadeiros contratos de adesão, uma vez que seu regime substantivo é definido unilateralmente pela Administração, permitir interpretação divergente confere ao poder público a possibilidade de adoção de comportamentos oportunistas, pois teria incentivos para transferir todos os riscos ao concessionário.

²⁹⁰ Cfr. José Manuel Sérvulo CORREIA (*in Legalidade...*, p. 715).

²⁹¹ *Idem*, p. 717.

²⁹² *Ibidem*, p. 717.

3.5. Distribuição de riscos nas parcerias público privadas

A Lei nº 11.079/2004 estipula que é obrigatória, nos contratos de parceria público-privada, cláusula que preveja a “repartição de riscos entre as partes, inclusive os referentes a caso fortuito, força maior, fato do príncipe e álea econômica extraordinária”²⁹³.

Nesse caso, a norma concede autorização (reserva de lei) para que a Administração faça a partilha de risco com o parceiro privado, adotando a distribuição que melhor se aplique ao caso específico. O problema surge no momento em que a lei, apesar de autorizar o compartilhamento de riscos, não define o modo como será feito.

3.5.1. Limites da autonomia administrativa para a alocação de riscos

Analisado em seção anterior, a Lei nº 11.079/2004 determina que a minuta contratual esteja inserta no edital de licitação, contendo a efetiva distribuição de riscos. Embora haja possibilidade de o particular participar da elaboração do edital e da minuta contratual – audiência pública para manifestação de interesse, a fixação é competência exclusiva da Administração, revestindo-se de caráter de ato administrativo pré-contratual. Assim, deve-se tentar identificar os “limites postos pela lei à autonomia de fixação de conteúdo dos contratos administrativos”²⁹⁴.

Não se trata o comando do art. 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/2004 de conceito jurídico indeterminado. A norma em comento transfere ao administrador público a liberdade de escolha (discricionariedade) para definir a alocação dos riscos contratuais, mas o principal ponto é descobrir se essa liberdade é plena ou se se submete a outras regras do ordenamento jurídico. Antecipa-se a conclusão de que a liberdade é limitada, submetida ao princípio da juridicidade, ou seja, a repartição de riscos deve ser compatível com as normas constitucionais e infraconstitucionais que versam sobre a matéria.

²⁹³ Lei nº 11.079/2004, art. 5º, inciso III.

²⁹⁴ Cfr. José Manuel Sérvulo CORREIA (*in Legalidade...*, p. 705).

Sérvulo CORREIA afirma que a discricionariedade concedida pelo legislador pode ser classificada como discricionariedade de decisão e discricionariedade de escolha. A primeira revela-se quando a norma deixa a critério das partes a inclusão de uma cláusula, facultando às partes inseri-la ou não no acordo. Já a discricionariedade de escolha divide-se em escolha optativa, em que a própria norma estipula dois ou mais meios de satisfação, deixando a critério das partes a escolha por uma delas, e em discricionariedade de escolha criativa, em que a norma concede autonomia às partes para formular o regime de trabalho preparatório ou acessório²⁹⁵.

Apesar de não se tratar de conceito jurídico indeterminado, a norma inserida no art. 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/2004, presta-lhe o conceito em razão da indeterminação por ela conferida. Para se conceber o devido contorno à abertura da norma, seu preenchimento deve ter como norte o fim para o qual se destina, de tal maneira que “o acatamento ao fim da norma é um momento limitativo da valoração autónoma mas não suprime por completo a autonomia da valoração”²⁹⁶.

A autonomia concedida pelo legislador à Administração na fixação da partilha de riscos vincula-se à eficiência de sua alocação. O princípio da eficiência inserido no art. 37, *caput*, da Constituição, e, especificadamente, no art. 4º, inciso I, da Lei nº 11.079/2004, determina que as parcerias público-privadas devem buscar a “eficiência no cumprimento das missões do Estado e no emprego dos recursos da sociedade”, ou seja, o mote do compartilhamento de riscos é alocá-los da maneira mais eficiente possível, sendo esse o interesse público a ser perseguido pela opção da parceria público-privada (acima analisado também sob o prisma do *Value for Money*). Qualquer distribuição de forma diversa à mais eficiente configura-se em desvio de poder administrativo, uma vez que a partilha de riscos é fixada unilateralmente pela Administração (natureza de contrato de adesão).

A partilha de riscos deve ser motivada, demonstrando-se economicamente a vantagem da alocação dos riscos, em detalhes, aos parceiros público e privado. O ato administrativo (ato pré-contratual destacável) que aceita a distribuição de riscos proposta, caso não esteja acompanhado

²⁹⁵ *Idem*, p. 710.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 491. Nesse caso, o autor trata especificadamente do contorno dado pela doutrina alemã acerca da interpretação e aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

da motivação que conduziu àquela específica alocação, padece de vícios em sua formação, em especial de motivação, passível de ser sindicável judicialmente.

Assim, a discricionariedade de escolha criativa, ou a autonomia dada pela norma ao administrador público para definir os critérios de alocação de riscos, não é ampla e irrestrita: encontra-se limitada pela necessária eficiência que subjaz à figura da parceria público-privada. Neste caso, a eficiência obedece a uma lógica econômica, entendida como “a maximização de riquezas através da alocação eficiente dos recursos da sociedade, ou seja, do emprego dos recursos nas atividades ou nos usos aos quais a sociedade atribui maior valor (eficiência alocativa)”²⁹⁷. Nesse caso, a alocação dos riscos deve respeitar àquele que melhor puder absorvê-lo ou mitigá-lo, promovendo a “maximização do conjunto das partes”²⁹⁸.

No mesmo sentido, Fernando Vernalha GUIMARÃES sustenta que a distribuição “obedece a uma racionalidade que se poderia dizer jurídico-econômica. Há regras jurídicas impondo limites ao exercício de disposição de riscos pelas partes, assim como há princípios jurídicos que, neste contexto, adquirem função de orientar num plano mais genérico os espaços de gestão do administrador relativamente à escolha dos critérios para definir a melhor partilha de riscos nos casos concretos”²⁹⁹.

A liberdade de escolha do conteúdo a preencher a norma prescrita no art. 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/2004, é condicionada, de modo que o administrador público, ao realizar a modelagem econômico-financeira da parceria público-privada e, conseqüentemente, definir a melhor partilha de riscos, encontra-se vinculado aos preceitos constitucionais (legalidade, proporcionalidade, impessoalidade), sobretudo a eficiência administrativa.

²⁹⁷ Cfr. Vinícius MARINS e Rodrigo Reis de OLIVEIRA (*in As parcerias público-provadas e o problema da alocação de riscos: uma análise do caso da modernização do Estádio “Mineirão” para a Copa do Mundo de 2014*. Fórum de Contratação Pública, ano 10, n. 111, março 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2011)

²⁹⁸ *Idem*.

²⁹⁹ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação de Riscos na PPP*. Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. Marçal Justen Filho, Rafael Wallbach Schwind, coordenadores. 1ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 234).

3.5.2. Mecanismos para alocação dos riscos

A permissão concedida pela norma para as partes (ou para a Administração, unilateralmente) definirem os parâmetros da repartição de riscos é salutar, pois concede flexibilidade à modelagem casuisticamente, ou seja, caso a caso, não havendo uma definição *a priori* por parte da lei³⁰⁰.

É praticamente consenso entre os estudiosos de parcerias público-privadas que os riscos, nesse modelo de contrato, devem ser alocados naquele parceiro que souber melhor administrá-lo, a um menor custo³⁰¹, isto é, “à parte que poderá mitigá-lo, tomar as medidas para prevenir a ocorrência de eventos gravosos ou de remediar as consequências e incentivar a realização dos eventos benéficos relacionados a tal risco, tudo isso com o menor custo possível”³⁰².

Os contratos de parceria público-privada são de objeto complexo e, normalmente, de longa duração, cuja execução multifacetada impõe maior dificuldade na sua completa descrição

³⁰⁰ Cfr. Marcos Barbosa PINTO (*in de Riscos nas Parcerias Público-Privadas. Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun. 2006). Em sentido contrário, Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação...*, p. 236) sustenta que a Lei nº 11.079/2004 aloca, excepcional e injuntivamente, certos riscos ao parceiro público. Para o autor, são transferidos pela lei ao parceiro público “(i) o risco de inflação (transferido parcialmente ao usuário, em se tratando de concessão patrocinada), com (ii) o risco de alteração unilateral do objeto (pelo poder concedente) e com (iii) o risco de criação de novos encargos legais ou de modificação na alíquota de tributos (com exceção feita à modificação nos impostos sobre a renda) que impacte nos custos da PPP”. Outro risco partilhado é o de crédito, por determinação do art. 5º, inciso IV, da Lei nº 11.079/2004.

³⁰¹ Cfr. Viviane Gil FRANCO e João Batista PAMPLONA (*in Alocação de Riscos em Parcerias Público-Privadas no Brasil. Revista Econômica do Nordeste*, Fortaleza, v. 39, nº 1, jan-mar 2008, p. 28). No mesmo sentido, Fabiane Terrari Lima da SILVA (*in. A Alocação...*); Carlos Marcio Campos LIMA (*in Alocação e mitigação dos riscos em parcerias público-privadas no Brasil. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro* 49(2): 267-291, mar./abr. 2015); *Livro Verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*. Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas, 2004; Marco Aurélio de Barcelos SILVA (*in Concessão...*, p. 77); Maria Adelaide Campos FRANÇA (*in Parcerias...*, p. 106); Anna Carolina Migueis PEREIRA (*in Alocação de Riscos nos Contratos de Concessão e PPP: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil*, p. 18); Marcos NÓBREGA (*in Direito...*, p. 129); Marcos Barbosa PINTO (*in Repartição...*); Kleber Luiz ZANCHIM (*in Parcerias...*, p. 120); Vinícius MARINS e Rodrigo Reis de OLIVEIRA (*in As parcerias...*); Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação...*, o. 239).

³⁰² Cfr. Fabiane Tessari Lima da SILVA (*in A Alocação...*).

no instrumento. Nesse sentido, os contratos de PPP serão sempre incompletos³⁰³, mesmo que haja esforço hercúleo para detalhar todos os eventos que possam ocorrer durante sua execução. Pode haver mudanças econômicas, sociais, políticas, jurídicas e tecnológicas impossíveis de previsão por parte dos contraentes no momento da elaboração contratual, a impactar na execução contratual e no equilíbrio do ajuste. O detalhamento dos riscos encontra dois limites: a impossibilidade de se esgotar o mapeamento de riscos e as contingências futuras e o custo para a realização desse levantamento (quanto mais detalhado o estudo, mais recursos são direcionados para essa fase da contratação)³⁰⁴.

A experiência internacional em matéria de parcerias público-privadas demonstra que o sucesso desse modelo depende de uma correta alocação dos riscos e a transferência dessa para o contrato, criando o arcabouço jurídico para o regime em caso de ocorrência dos riscos e da solução de controvérsias advindas dela. Em Portugal, Maria Eduarda AZEVEDO e Pedro MELO argumentam que a partilha de riscos deve obedecer à capacidade de cada um dos contraentes em gerir de forma mais eficiente os riscos. Destaca esta autora que, se a afetação de riscos for bem distribuída no contrato, os responsáveis terão incentivo para minimizá-los³⁰⁵.

Kleber Luiz ZANCHIM sustenta que, diante da especialidade de complexidade dos contratos de parcerias público-privadas, espera-se que as partes tenham expertise e *know-how* no objeto do contrato (até por ser esse um dos elementos intrínsecos à própria PPP). Diante da alta especialidade, apesar da dificuldade de antever as circunstâncias do contrato, é possível que as partes, a Administração e o parceiro privado, consigam extrair o máximo de informações do cenário da contratação e dos elementos correspondentes à álea do negócio³⁰⁶.

Identificados os riscos e conseguindo realizar a sua alocação da melhor forma possível, a intenção da norma, diante da repartição objetiva dos riscos, é tornar o “contrato estável mesmo diante de alteração de circunstâncias”³⁰⁷. No mesmo sentido, Fernando Vernalha GUIMARÃES

³⁰³ Cfr. Anna Carolina Migueis PEREIRA (*in Alocação...*). Kleber Luiz ZANCHIM (*in Parcerias...*, p. 68) demonstra que, na prática, as áleas ordinárias e extraordinárias dos contratos de PPP são tão amplas que impedem sua análise à exaustão, mesmo com a expertise das partes envolvidas.

³⁰⁴ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação...*, p. 241).

³⁰⁵ Cfr. Maria Eduarda AZEVEDO (*in As Parcerias...*, p. 436) e Pedro MELO (*in O juízo...*, p. 83).

³⁰⁶ Cfr. Kleber Luiz ZANCHIM (*in Parcerias...*, p. 60).

³⁰⁷ *Idem*, p. 60.

indica que quanto mais detalhado o caderno de encargos e o “nível de detalhamento e de exatidão na alocação dos riscos e contingências futuras” a que estão suscetíveis a PPP, maior será o grau de previsibilidade, restando menor as lacunas contratuais³⁰⁸. Assim, o mapeamento e a alocação dos riscos envolvem tanto a alocação *ex ante*, ou seja, riscos previsíveis e identificáveis pelas partes, quanto a alocação *ex post*, no caso de riscos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis, e o mecanismo de resolução do conflito. Esse detalhamento contratual aproxima os contratos de PPP dos contratos de direito privado de alta complexidade³⁰⁹.

3.5.2.1. Princípios gerais da alocação de riscos

Autores iniciaram estudos para definição de critérios gerais de alocação, balizadores da ação do administrador público no momento de definição da partilha de riscos. Fernando Vernalha GUIMARÃES propõe como critérios a identificação do risco e a capacidade das partes para influir em sua ocorrência ou o seu gerenciamento. Assim, criam-se incentivos para que a parte responsável adote medidas mitigadoras e evite condutas oportunistas. Quando os riscos não forem diretamente alocados a uma das partes, o autor sugere sua alocação na parte que detenha a maior expertise técnica para o gerenciamento. O segundo critério é, em caso de dificuldade na alocação do risco na parte mais apta a gerenciá-lo, distribuir o risco na parte que possua melhores condições para minimizar o prejuízo em caso de materialização³¹⁰.

Kleber Luiz ZANCHIM adota três princípios gerais para alocação dos riscos: (i) capacidade das partes em influenciar na ocorrência das áleas; (ii) capacidade das partes em responder a estas quando se materializam, enfrentando seus efeitos; e (iii) capacidade em absorver as consequências³¹¹.

³⁰⁸ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação...*, p. 240).

³⁰⁹ Cfr. Floriano Azevedo Marques Neto, *apud* Kleber Luiz ZANCHIM (*in Parcerias...*, p. 98).

³¹⁰ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação...*, p. 243).

³¹¹ Cfr. Kleber Luiz ZANCHIM (*in Parcerias...*, p. 145).

Marcos NÓBREGA sustenta que a essência do risco é caracterizada por três elementos, o evento, possível ocorrência de algo que impacte no investimento; a probabilidade desse evento ocorrer durante o contrato; e o impacto resultante da ocorrência no aspecto financeiro contratual. Após a correta identificação dos riscos, “cada risco deve ser alocado de acordo com o direito de tomar decisões de forma a maximizar o valor total do projeto (*total project value*) considerando a capacidade de cada parte para: a) influenciar o correspondente fator de risco; b) influenciar a sensibilidade do valor total do projeto em relação ao risco – antecipando ou respondendo ao fator de risco; e c) absorvendo o risco”³¹².

Na primeira, uma das partes pode influenciar o fator de risco, ou seja, pode agir para melhorar ou piorar o resultado final considerando um determinado risco. O segundo diz respeito à possibilidade de influenciar e suportar o risco. Já o terceiro diz respeito ao momento em que nenhuma das partes pode influenciar, antecipar ou responder ao fator de risco. “Nesses casos, o risco deverá ser alocado para a parte que pode absorvê-lo mais facilmente a um menor custo”³¹³.

Para Marcos Barbosa PINTO, o objetivo da repartição de riscos é minimizar os custos diretos e indiretos do contrato. O mecanismo desenvolvido pelo autor pressupõe por quatro diretrizes: (i) a alocação do risco na parte que pode gerenciá-lo melhor ou reduzir as perdas; (ii) o risco não deve ser alocado em agentes econômicos que podem externalizar suas perdas, pois se puder transferir o prejuízo a terceiros, não terá incentivos para adotar práticas mais eficientes; (iii) alocar na parte que conseguir contratar seguros de risco a um custo mais baixo (o próprio autor aponta que essa medida é controversa, visto que o Estado raramente contrata seguros); e (iv) alocar o risco na parte em que ele recai naturalmente – o autor considera regra prudencial, pois “é mais barato deixar as coisas como estão do que alterá-las”, evitando-se custos indiretos³¹⁴.

Por fim, Viviane Franco GIL e João Batista PAMPLONA, fundados na teoria do agente-principal e em mecanismos de incentivos/ restrições dessa teoria, chegam às mesmas conclusões dos autores anteriores: o risco deve ser alocado naquele que poderá melhor administrá-lo e

³¹² Cfr. Marcos NÓBREGA (*in Direito...*, p. 129)

³¹³ *Idem*, p. 130.

³¹⁴ Cfr. Marcos Barbosa PINTO (*in Repartição...*, p. 170).

naquele parceiro que puder suportá-lo a um menor custo, ou seja, aquele que possuir maior capacidade de diversificação. Não obstante, a conclusão dos autores é importante para este trabalho, ao postularem que a alocação de riscos não objetiva a maximização da transferência dos riscos ao parceiro privado, mas sim sua otimização. Em outras palavras, o princípio da alocação de riscos é otimizar sua gestão, não delegar à iniciativa privada o máximo de responsabilidades públicas³¹⁵.

De mais a mais, dentre todas as teorias apontadas, consegue-se extrair uma característica comum. A alocação do risco no parceiro que detenha maiores condições de gerenciá-lo e, em sua ocorrência, detenha capacidade de absorver e reduzir os prejuízos é uma premissa presente em todas. Outro elemento comum é identificar a capacidade das partes em influenciar na ocorrência do risco. Para fins deste trabalho, adotaremos ainda o critério segundo o qual o risco não deve ser alocado naquele que possua condições de externalizar suas perdas.

3.5.2.2. Identificação dos principais riscos

Feitas as análises quanto ao método para se definir a partilha dos riscos nas parcerias público-privadas, serão descritos os riscos mais comuns envolvidos nesse tipo de contrato. Por se tratar de ajustes complexos e de longo prazo, é impossível a análise exaustiva dos riscos atrelados ao serviço a ser delegado. Porém, analisaremos os principais riscos apontados pela literatura jurídico-econômica atrelados às parcerias público-privadas, bem como hipóteses de alocação de cada um.

Ressalta-se que a identificação dos riscos e sua possível alocação deve ser realizada casuisticamente, ou seja, não há definição *a priori* da partilha de riscos a ser adotada pelo administrador público. Como pondera Vera MONTEIRO, “é ainda possível concluir que não existe uma divisão natural de riscos, mas que esta é matéria tipicamente contratual, e tem tudo a

³¹⁵ Cfr. Viviane Franco GIL e João Batista PAMPLONA (*in Alocação...*, p. 29).

ver com a viabilidade econômica e com a equação formada pelos encargos e remuneração do concessionário”³¹⁶.

Sendo singular a distribuição dos riscos em cada contrato de parceria público-privada, a identificação e análise efetiva dos riscos, suas consequências e a adequada alocação são elementos essenciais para o sucesso futuro da parceria. André Guskow CARDOSO aponta que a análise “deve ser profunda, objetiva e calcar-se no estado atual do conhecimento a respeito de determinado risco. Não pode haver suposições ou presunções. Cada risco deve ser efetivamente identificado e analisado de forma efetiva e exauriente”³¹⁷. A confecção de contratos vagos gera maiores custos (custos de transação e indiretos), uma vez que a omissão contratual desloca para o Poder Judiciário para se discutir essa lacuna³¹⁸. Não obstante, a questão da eficiência da alocação é matéria econômica, não jurídica, levando a decisões subótimas, elevando os riscos da contratação e, conseqüentemente, o valor pago pela Administração.

Importante destacar também que a alocação de determinado risco deve ser motivada, como analisado anteriormente. A distribuição objetiva de riscos nas PPP pressupõe a alocação eficiente, para minimizar a possibilidade de acontecimento ou mitigar os prejuízos em caso de ocorrência. Decorre daí que “a identificação e ponderação dos riscos pelo Poder Público configura decisão estatal relevante, que influencia na formatação da PPP e tem relevância para o sucesso ou insucesso da contratação”³¹⁹.

Alguns autores fazem agrupamentos para facilitar a análise. Viviane Franco GIL e João Batista PAMPLONA dividem os riscos em níveis macro, meso e microeconômicos³²⁰. Não

³¹⁶ Cfr. Vera Cristina Caspari MONTEIRO (*in A caracterização...*, p. 174).

³¹⁷ Cfr. André Guskow CARDOSO (*in Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas*. Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 275). O autor chega a essa conclusão baseado no trabalho de Egon Bockmann Moreira, ao descrever que “ao contrário de uma definição instintiva, implícita, ou tradicional da distribuição de riscos, o que se faz necessário é uma decisão técnica motivada de quais são os eventos e proposições que devem ser levados em conta para a boa execução do projeto em longo prazo e qual técnica de alocação permitirá atenuar a sua incidência e respectivos efeitos deletérios”.

³¹⁸ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação...*, p. 242).

³¹⁹ *Idem*, p. 277.

³²⁰ Cfr. Viviane Franco GIL (*Alocação...*, p. 28).

obstante, trataremos os riscos individualmente, pois o agrupamento não influencia nas conclusões.

3.5.2.2.1. Risco de demanda

O risco de demanda pode ser caracterizado como um dos principais na definição da matriz de riscos e responsabilidades em contratos de parcerias público-privadas. Em análise anterior, viu-se que esse risco em contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 pertence ao poder público, ao passo que, em contratos de concessão comum, submetidos ao regramento da Lei nº 8.987/95, sendo ele, portanto, do particular. O regime estabelecido pela Lei nº 11.079/2004 permite o compartilhamento do risco de demanda entre o parceiro público e o privado, guiado por uma lógica eminentemente econômica³²¹. Apesar de ser fator preponderante na equação econômico-financeira do contrato, estudo realizado em 15 (quinze) contratos de PPP no Brasil identificou que, em 47% (quarenta e sete por cento) dos contratos, não havia a alocação objetiva do risco da demanda³²² (porém, aponta que essa diferença pode se dar pela natureza do contrato – se concessão patrocinada ou administrativa).

O risco da demanda ou de mercado, conforme Portaria nº 614, de 21 de agosto de 2006, da Secretaria do Tesouro Nacional, é “associado à possibilidade de variações na receita estimada do empreendimento em função utilização do bem objeto do contrato de parceria em intensidade maior ou menor do que a frequência estimada ou projetada no contrato”. Como visto, na fase de elaboração do edital, a Administração deve realizar estudos técnicos para analisar a viabilidade técnica do empreendimento, abordando todas as variáveis possíveis, inclusive a projeção da demanda. O Estado deve contratar consultorias especializadas para projetar corretamente a demanda no intuito de evitar futuras desavenças no tocante a erros no estudo preparatório³²³.

³²¹ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação...*, p. 246).

³²² Cfr. Carlos Marcio Campos LIMA e Antonio Carlos COELHO (*in Alocação e mitigação dos riscos em parcerias público-privadas no Brasil*. Revista de Administração Pública. Rio de Janeiro 49(2): 267-291, mar./abr. 2015).

³²³ *Idem*.

Inicialmente, verifica-se a capacidade da parte em influenciar no risco. Concedida ao parceiro privado maior liberdade e autonomia para gerir os meios para a disponibilização dos serviços aos usuários, maior será sua exposição ao risco da demanda (elasticidade da demanda). Todavia, em casos em que o risco da demanda independe do desempenho do concessionário, é salutar a partilha de riscos.

Nas concessões patrocinadas, em que parte da remuneração do concessionário encontra-se vinculada ao pagamento de tarifa pelos usuários, faz sentido o compartilhamento do risco. Ele surge, pois, como “mecanismo para impedir variações desproporcionais nos resultados financeiros da concessão, minimizando-se também problemas de instabilidade da taxa de retorno do projeto”³²⁴. A concessão patrocinada de uma rodovia que possua rotas alternativas inclui-se num exemplo de delegação em que é possível o compartilhamento de riscos. Se a rodovia, mesmo que pedagiada, é de melhor qualidade e mais segura para os usuários, há incentivos para que a concessionária invista em qualidade para atrair mais usuários e, conseqüentemente, auferir mais receita.

Por outro lado, nas concessões administrativas, nas quais o poder público é usuário direto ou indireto dos serviços, a capacidade do parceiro privado para influenciar a demanda é reduzida; a Administração deveria, pois, assumir parcela significativa (ou a totalidade) do risco de mercado. Na concessão de uma penitenciária, por exemplo, o concessionário não possui meios para influenciar na demanda – num caso desses, é possível, até mesmo, que a Administração o remunere apenas pela disponibilização do serviço, sem considerar a demanda efetiva³²⁵.

Mecanismo para reduzir os riscos de um projeto e torná-lo mais estável e previsível é a adoção de “bandas de variação referenciadas pela estimativa inicial da demanda, cujos limites, se ultrapassados, ensejam o compartilhamento dos prejuízos ou dos ganhos decorrentes”³²⁶. Assim,

³²⁴ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação...*, p. 246).

³²⁵ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação...*, p. 247). Viviane Franco GIL (*in Alocação...*) aponta, com base no modelo inglês, que em situações nas quais o particular não possui nenhum controle sobre a demanda, o ideal é a remuneração pela disponibilidade, pois os participantes não teriam incentivos em assumir os riscos de demanda se são incapazes de gerenciá-los.

³²⁶ *Idem*, p. 248.

transpostos os limites fixados pelo contrato, a Administração compartilha o risco, recebendo em caso de excesso de demanda, ou necessitando remunerar o particular em caso de subutilização do equipamento.

Outro mecanismo apto a redução de riscos é a adoção de garantia de demanda mínima. Nesses casos, para que não haja o desincentivo para o parceiro privado em relação a seu desempenho, a contrapartida do parceiro público deve ser “significativamente menor que o custo razoável de constituição do bem”, conforme orientação inserta na Portaria nº 614/2006 da Secretaria do Tesouro Nacional.

3.5.2.2.2. Risco de projeto e construção

As parcerias público-privadas são modelos contratuais do tipo DBFO – desenhar, construir, financiar e operar o equipamento público a ser disponibilizado. Por essa razão, é natural que os riscos de projeto e construção sejam alocados no parceiro privado, assumindo ele a responsabilidade pela execução.

Vinícius MARINS e Rodrigo Reis de OLIVEIRA defendem que não há um risco construtivo: há vários riscos associados a cada uma das etapas. Exemplificando, há riscos de demora na concretização da obra, riscos de custos acima do orçado, risco de conclusão da obra fora das especificações técnicas e que não atendam a finalidade a que se destinam, riscos de causar danos a edifícios lindeiros, entre outros³²⁷.

O parceiro privado é responsável pela contratação da mão-de-obra e aquisição dos insumos a serem utilizados na construção do equipamento que será por ele operado por longo período, bem como sua remuneração estar atrelada à efetiva disponibilidade do serviço, conforme art. 7º, *caput*, da Lei nº 11.079/2004³²⁸. Nesse caso, criam-se incentivos para que se utilizem materiais de qualidade, projetos construtivos eficientes e obras entregues no prazo, a fim

³²⁷ Cfr. Vinícius MARINS e Rodrigo Reis de OLIVEIRA (*in A alocação...*).

³²⁸ Art. 7º A contraprestação da Administração Pública será obrigatoriamente precedida da disponibilização do serviço objeto do contrato de parceria público-privada.

de evitar condutas oportunistas por parte do parceiro privado de transferir a responsabilidade por problemas construtivos e funcionais relacionados à obra ao parceiro público³²⁹.

A Lei nº 11.079/2004, art. 10, §4º³³⁰, determina que os estudos de engenharia tenham nível de detalhamento de anteprojeto. Porém, caso esse documento seja esquadrinhando nas suas proposições, adentrando em requisitos do projeto e de métodos construtivos, impondo obrigações detalhas ao parceiro privado, a Administração acaba por assumir parte do risco de projeto por retirar a autonomia do concessionário para definir o desenho do equipamento³³¹ (quanto menor o poder de decisão, menor o risco assumido).

3.5.2.2.3. Risco regulatório

O risco regulatório relaciona-se à possibilidade de alteração legislativa que afete economicamente a concessão. O art. 9º, §3º, da Lei nº 8.987/95 (Lei Geral das Concessões)³³², aplicável subsidiariamente às parcerias público-privadas, impõe ao poder público a responsabilidade pelo risco regulatório, exceto no tocante ao imposto sobre a renda, relegado aos riscos do parceiro privado.

³²⁹ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação...*, p. 251). Viviane Franco GIL e João Batista PAMPLONA (*in Alocação...*, p. 37) que com a transferência efetiva do risco de projeto e construção para o parceiro privado, “a fase de construção é pensada com base no retorno esperado durante a vida útil do ativo, promovendo uma busca por ganhos de eficiência produtiva já na fase de construção do projeto (internalização dos custos de operação e manutenção)”.

³³⁰ Art. 10. A contratação de parceria público-privada será precedida de licitação na modalidade de concorrência, estando a abertura do processo licitatório condicionada a:

§ 4º Os estudos de engenharia para a definição do valor do investimento da PPP deverão ter nível de detalhamento de anteprojeto, e o valor dos investimentos para definição do preço de referência para a licitação será calculado com base em valores de mercado considerando o custo global de obras semelhantes no Brasil ou no exterior ou com base em sistemas de custos que utilizem como insumo valores de mercado do setor específico do projeto, aferidos, em qualquer caso, mediante orçamento sintético, elaborado por meio de metodologia expedita ou paramétrica.

³³¹ Cfr. Viviane Franco Gil e João Batista PAMPLONA (*in Alocação...*, p. 37).

³³² Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. § 3º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação, alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, implicará a revisão da tarifa, para mais ou para menos, conforme o caso.

Fernando Vernalha GUIMARÃES sustenta que a expressão “encargos legais” disposta na lei deve ser interpretada extensivamente, enquadrando quaisquer encargos criados por lei ou ato normativo infralegal³³³. Assim, as alterações tributárias estariam alocadas no parceiro público. Não obstante, no Brasil, em razão da existência de três entes federados (União, Estados e Municípios) dotados de autonomia administrativa, regulamentar e política, o problema toma outros contornos. Cada ente possui matriz tributária distinta, que pode interferir diretamente nos custos da concessão.

Impor, *a priori*, a responsabilização total das alterações da carga tributária ao parceiro público não parece a melhor interpretação. Suponhamos uma concessão de rodovia feita pela União e que ela atravessasse determinado município. A competência para instituir o imposto sobre serviços é atribuída ao município, por força do art. 156, inciso III, da Constituição brasileira. A possível majoração do tributo foge do controle de ambos os contraentes.

Assim, como proposto, a alocação deve respeitar àquele que possui melhores condições de absorver o prejuízo. De tal modo, o risco de alteração tributária deve ser alocado no parceiro público quanto for ele o causador do desequilíbrio, ou seja, quando a alteração for realizada dentro de suas competências constitucionais. Porém, quando a alteração partir de ente federado diferente do contratante, deve-se analisar a capacidade das partes em internalizar aquele custo. Se se tratar de concessões patrocinadas, nas quais o parceiro privado tem a possibilidade de transferir a terceiro o aumento do encargo, é salutar que o risco seja alocado no parceiro privado. Por outro lado, tratando-se de concessões administrativas, o compartilhamento do risco é a melhor solução.

No tocante aos riscos regulatórios setoriais (setor elétrico, aviação, rodoviário etc.) e demais riscos que possam incidir sobre as parcerias público-privadas (ambiental, urbanístico etc.), o raciocínio é semelhante às alterações tributárias. Deve-se analisar a capacidade das partes em gerenciar e influir na ocorrência do risco. Se a alteração partir do mesmo ente federado contratante, o risco deve ser alocado no parceiro público. Por outro lado, se a alteração decorrer

³³³ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (in Alocação..., p. 252)

de ato normativo alheio às partes, de outro ente federado, o compartilhamento dos riscos ajuda a estabilizar a relação contratual³³⁴.

3.5.2.2.4. Riscos político-jurídicos

O risco político decorre da ação estatal que interfira no equilíbrio econômico-financeiro do contrato³³⁵. Incluem-se nesse risco a possibilidade de alteração unilateral por parte do poder concedente, o risco de inadimplência por parte da Administração, o risco decorrente da quebra de contrato e o risco de nacionalização de ativos. É conhecido também como “riscos de atos de império ou atos de poder do príncipe, quando interfere em relações privadas já pactuadas”³³⁶. Também conhecido como risco país ou risco soberano, envolve terminantemente credibilidade e a estabilidade das regras contratuais.

Em países com histórico de desrespeito aos contratos e alteração das “regras do jogo” durante a vigência contratual, esses problemas tornam-se relevantes em razão do volume de recursos a serem investidos pelo parceiro privado e pelo longo prazo da concessão, expondo o projeto à incerteza por mais tempo.

Em princípio, o parceiro privado é impossibilitado de gerenciar esses riscos, uma vez que eles decorrem de atos provocados por uma conduta administrativa, omissiva ou comissiva, que afeta a relação contratual. Nesses casos, os riscos devem ser alocados na Administração, tornando-se ferramenta para conter o oportunismo estatal em suas decisões³³⁷.

Aspecto que influencia no risco político-jurídico é a interferência do Poder Judiciário na relação contratual em caso de litígio e a estabilidade da sua jurisprudência (segurança jurídica).

³³⁴ Contrapõe-se a esse entendimento Fernando Vernalha Guimarães (*in Alocação...*, p. 252) ao apontar que alterações regulamentares gerais, por estarem inseridos nos riscos ordinários próprios da economia, devem ser suportados pelo parceiro privado. Já os riscos de modificação legislativa específica ou setorial (sobre uma atividade específica realizada pela parceria público-privada) devem ser alocados, *a priori*, no parceiro público, uma vez que são riscos contra os quais o parceiro privado não pode se prevenir.

³³⁵ Cfr. Marcos Barbosa PINTO (*in Repartição...*, p. 172).

³³⁶ Viviane Franco GIL (*in Alocação...*, p. 31)

³³⁷ Cfr. Kleber Luiz ZANCHIM (*in Parcerias...*, p. 148).

A morosidade do Judiciário brasileiro afeta as legítimas expectativas do parceiro privado, levando-o a precificar o risco de uma ação judicial, o que aumenta os custos de transação do acordo. Além disso, a especificidade técnica e a complexidade dos contratos de parcerias público-privadas podem conduzir o Judiciário a decisões subótimas, analisadas pela ótica pura do equilíbrio econômico-financeiro tradicional, calcada na Lei nº 8.666/93 e na Lei nº 8.987/95.

Apesar da existência desses riscos, a Lei nº 11.079/2004 criou mecanismos para reduzi-los. O art. 8º cria mecanismos para mitigar o risco de inadimplência por parte do poder público ao permitir a vinculação de receitas, instituição de fundo garantidor e outras medidas para garantir o adimplemento estatal³³⁸. Além disso, a lei previu no seu art. 11, inciso III, a possibilidade da arbitragem para resolver disputas oriundas da execução contratual.

3.5.2.2.5. Riscos econômico-financeiros

Riscos econômico-financeiros são aqueles oriundos da política macroeconômica do país. O governo federal brasileiro (União) controla as metas de inflação, política cambial e a política monetária do país. Esses riscos são previsíveis pelas partes, sendo melhor gerenciados pelo parceiro privado, uma vez que consegue transferir parte da variação para os usuários. A previsibilidade do risco é fator considerado para a alocação do risco nos contratos.

Kleber Luiz ZANCHIM, ao contrário, sustenta que por ser o Estado o controlador da política macroeconômica, o risco econômico financeiro deve recair, *a priori*, sobre o parceiro público³³⁹. A conclusão do autor é válida se se considera apenas a União, pois essa detém o

³³⁸ Art. 8º As obrigações pecuniárias contraídas pela Administração Pública em contrato de parceria público-privada poderão ser garantidas mediante:

I – vinculação de receitas, observado o disposto no inciso IV do art. 167 da Constituição Federal;

II – instituição ou utilização de fundos especiais previstos em lei;

III – contratação de seguro-garantia com as companhias seguradoras que não sejam controladas pelo Poder Público;

IV – garantia prestada por organismos internacionais ou instituições financeiras que não sejam controladas pelo Poder Público;

V – garantias prestadas por fundo garantidor ou empresa estatal criada para essa finalidade;

VI – outros mecanismos admitidos em lei.

³³⁹ Cfr. Kleber Luiz ZANCHIM (*in Parcerias...*, p. 159).

controle da política macroeconômica do Brasil. Porém, Estados e Municípios podem firmar contratos de parceria público-privada, o que inviabiliza o sustento dessa afirmativa.

Por outro lado, especialmente sobre o risco cambial, Fernando Vernalha GUIMARÃES e Marcos Barbosa PINTO apontam que em princípio os riscos dessa natureza devem ser alocados no parceiro privado, pois ele poderá gerenciar melhor e adotar medidas mitigadoras dos impactos, caso ocorram³⁴⁰.

O ideal é que variações anormais na política macroeconômica do país conduzam ao compartilhamento do risco, pois o parceiro privado pode identificar a própria inviabilidade de permanência do acordo diante de gravames em situação além do previsível. Fator que pode mitigar a ocorrência desses riscos é a indexação da contraprestação pública a um índice inflacionário específico.

³⁴⁰ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in Alocação...*, p. 255) e Marcos Barbosa PINTO (*in Repartição...*, p. 173).

4. PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS, EQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO E ALTERAÇÃO DE CIRCUNSTÂNCIAS

No segundo capítulo, verificamos que, no regime dos contratos administrativos no Brasil, incluídos os contratos de parceria público-privada, a Administração fixa unilateralmente as cláusulas regulamentares (contratos de adesão), sendo as cláusulas econômico-financeiras as únicas negociadas entre os contraentes – o particular faz a oferta, e o poder público pode aceitá-la ou não.

No terceiro capítulo, identificamos que, em parcerias público-privadas, apesar de haver os procedimentos de consulta interna, procedimento de manifestação de interesses e a possibilidade de apresentação, por parte de agentes privados, de propostas não solicitadas, a Administração mantém a unilateralidade de definição de seu conteúdo. A simples participação do particular na elaboração do instrumento convocatório e nas disposições contratuais (obrigações etc.), sem poder decisório, não desnatura o contrato de adesão.

O que define a natureza de adesão dos contratos é a impossibilidade de se discutir as cláusulas contratuais e a ausência de autonomia do particular na definição do conteúdo regulamentar da avença. Mesmo participando da fase interna, o particular não tem poder decisório e, após a publicação do edital de licitação, somente pode solicitar esclarecimentos, sem influenciar diretamente no conteúdo contratual. Por tudo isso, entende-se que os contratos de parcerias público-privadas são de adesão, sem possibilidade de se discutir as cláusulas regulamentares.

A análise acerca da distribuição de riscos realizada no capítulo anterior é condição para os contornos do equilíbrio econômico-financeiro das parcerias público-privadas, visto que a formulação da proposta depende dos riscos alocados a cada parte. Essa interface entre o contrato e impactos da ocorrência de um risco no equilíbrio econômico-financeiro da contratação será analisada neste capítulo.

4.1. Conceito de equilíbrio econômico-financeiro

Analizamos, no terceiro capítulo, a substituição do conceito liberal do contrato, atrelado ao *pacta sunt servanda*, pela noção de justiça contratual. A *cláusula rebus sic standibus* passou a reger os contratos diante dos princípios constitucionais e da alteração promovida pela entrada em vigor da Lei nº 10.406/2002 – Código Civil Brasileiro.

Os contratos administrativos são caracterizados como contratos onerosos – por ambas as partes visam à obtenção de vantagens, e como bilaterais (sinalagmáticos), pois criam direitos e deveres para ambas as partes. Essas obrigações são recíprocas e interdependentes: “cada um dos contraentes é simultaneamente credor e devedor do outro, uma vez que as respectivas obrigações têm por causa as do seu cocontratante, e, assim, a existência é subordinada à outra parte”³⁴¹.

Conforme Cristiano Chaves FARIA e Nelson ROSENVALD, a simples bilateralidade de obrigações não basta para que o contrato seja classificado como bilateral. É condição para essa classificação a correspectividade e reciprocidade entre elas, ou seja, uma obrigação deve ser causa da outra³⁴². Tanto é assim que o Código Civil brasileiro prevê como vício na formação do contrato a lesão (art. 157 do Código Civil³⁴³) como elemento objetivo a justificar a anulação contratual, sendo a lesão conceituada como a imposição de obrigações desproporcionais à uma das partes (inexistência de sinalagma genético)³⁴⁴. Há, ainda, o sinalagma funcional, que significa a preservação da interdependência das prestações dos contraentes no decorrer na relação contratual.

³⁴¹ Cfr. Caio Mário da Silva PEREIRA (*in Instituições...*, p. 61).

³⁴² Ob. cit., p. 249.

³⁴³ Art. 157. Ocorre a lesão quando uma pessoa, sob premente necessidade, ou por inexperiência, se obriga a prestação manifestamente desproporcional ao valor da prestação oposta.

³⁴⁴ *Idem*, p. 250. Apesar de o art. 157 criar dois critérios para a ocorrência da lesão – premente necessidade ou inexperiência, elementos que influem na formação da vontade do contraente, não se desnatura que a desproporcionalidade das obrigações é condição para a celebração do negócio. Por outro lado, a lei não resguarda aquele realiza um mau negócio, ou seja, que assume conscientemente obrigações sem equivalência.

Por fim, são contratos comutativos, pois há a equivalência aproximada entre as prestações das suas partes³⁴⁵, não se exigindo igualdade rigorosa, “porque os bens que são objetos dos contratos não têm valoração precisa”³⁴⁶.

A noção de equilíbrio contratual é derivada da justiça contratual. Alicerçado no princípio da boa-fé objetiva, a impor deveres de conduta aos contraentes, o equilíbrio econômico contratual é a “comparação entre os benefícios e os sacrifícios das partes, das vantagens e encargos a eles impostos”³⁴⁷. Enquanto a função social e a autonomia privada são princípios de normatividade exógena, por serem normas afetas à coletividade, os princípios da boa-fé e do equilíbrio contratual são endógenos, pois decorrem de uma relação em específico³⁴⁸.

O equilíbrio, portanto, significa “a contemplação dos interesses legítimos de cada parte, com o qual se liga a exigência de respeito mútuo, para que ninguém realize os seus interesses às custas do outro. (...) Aqui reside a equivalência nos contratos sinalagmáticos e o princípio da proporcionalidade no sentido da proibição do excesso”³⁴⁹.

Como analisado no segundo capítulo, a autonomização do contrato administrativo em face dos contratos privados surgiu da possibilidade de a Administração alterar cláusulas contratuais regulamentares, mantidas as cláusulas econômicas. Na atualidade, a dogmática administrativista sustenta que o equilíbrio econômico-financeiro “é a relação estabelecida inicialmente pelas partes entre os encargos do contratado e a retribuição da Administração para a justa remuneração do objeto do ajuste”³⁵⁰, devendo ser mantida essa relação de igualdade durante toda a relação contratual. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO sustenta que o equilíbrio econômico financeiro pressupõe a equivalência material (objetiva), “atendendo à valoração econômica das

³⁴⁵ Cfr. Cristiano Chaves de FARIA (*in Curso...*, p. 254).

³⁴⁶ Cfr. Caio Mário da Silva PEREIRA (*in Instituições...*, p. 63).

³⁴⁷ Cfr. Cristiano Chaves de FARIA (*in Curso...*, p. 223). Esses autores não adotam a justiça contratual como sinônimo de equilíbrio econômico contratual, pois o primeiro tem alcance mais amplo – vai além da questão econômica.

³⁴⁸ Cfr. Jorge Cesa Ferreira da SILVA (*apud* Cristiano Chaves de Faria. *Curso...*, p. 225).

³⁴⁹ Cfr. Cristiano Chaves de FARIA (*in Curso...*, p. 227).

³⁵⁰ Cfr. Hely Lopes MEIRELLES (*in Direito...*, p. 234). Celso Antônio Bandeira de MELLO (*in Curso...*, p. 660) conceitua o equilíbrio econômico financeiro como “a relação de igualdade formada, de um lado, pelas obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste e, de outro lado, pela compensação econômica que lhe corresponderá”.

prestações e invocando em sua defesa um ideal de justiça comutativa”, e a equivalência subjetiva, que atende ao “valor subjetivo que para cada uma das partes tem a prestação da outra”³⁵¹.

A exigência de manutenção do equilíbrio contratual abrange a totalidade dos aspectos econômicos para a execução contratual, não apenas o montante a ser pago ao particular. Nessa senda, envolve a periodicidade de pagamentos, prazos para pagamento ou quaisquer outras “vantagens que a configuração da avença possa produzir”³⁵². Destarte, a garantia de manutenção do equilíbrio econômico financeiro envolve toda a cláusula econômica contratual.

Trata-se, portanto, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro de um direito subjetivo do contratado privado, de matriz constitucional, conforme analisado no capítulo segundo, sendo vedado ao poder público alterar as bases econômico-financeiras em que se fixou o negócio jurídico. Porém, como será analisado, essas bases contratuais variam conforme o tipo contratual a ser analisado e, principalmente, no tocante à matriz de risco determinada pela lei ou pelo contrato.

4.2. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos privados

O regime do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos privados segue o mesmo princípio da autonomia privada quanto à alocação de riscos³⁵³ - analisam-se, nos contratos privados bilaterais e comutativos, as mesmas características dos contratos administrativos. As partes contraentes guardam deveres de boa-fé na fase pré-contratual, durante a execução e pós-contrato resoluto, sendo o princípio da boa-fé objetiva associado a uma concepção material de correção da justiça contratual e uma concepção objetiva do princípio de equivalência entre a prestação e a contraprestação – comutatividade contratual³⁵⁴.

³⁵¹ Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*in Direito...*, p. 289).

³⁵² Cfr. Marçal JUSTEN FILHO (*in Curso...*, p. 545).

³⁵³ Ver Item 3.4.1. deste trabalho.

³⁵⁴ Cfr. Antônio Manuel da Rocha Menezes CORDEIRO (*in Da boa-fé no direito civil*, p. 1.253).

A autonomia privada para a realização do negócio jurídico – tanto na escolha do cocontratante quanto na definição do conteúdo contratual – permite que as partes, em caso de alteração de circunstâncias que afetem o equilíbrio econômico, possam renegociar as bases contratuais para restabelecê-lo. O mecanismo de reequilíbrio pode ser inserido *ex ante* no contrato, ou seja, identificar as hipóteses e as condições em que as obrigações são revistas pelas partes (ou até mesmo determinar a recomposição automática na ocorrência do fato ensejador da revisão) ou negociado após o evento modificativo da equação econômica.

A lógica é simples: se as partes possuíam capacidade para celebração do negócio jurídico, naturalmente a terão para renegociar as bases em que o negócio foi pactuado – desde que mantenham entre si a boa-fé contratual.

Não obstante, uma das partes pode exigir a permanência das obrigações na forma como foram pactuadas (privilegiando o *pacta sunt servanda*). Nesses casos, o Código Civil Brasileiro (Lei nº 10.406/2002) reconheceu que a alteração das circunstâncias em que se fundou o negócio jurídico pode afetar o equilíbrio econômico e a comutatividade contratual, tornando as prestações devidas por uma das partes desproporcional à da outra.

Aquele que se sentir lesado em função da alteração das circunstâncias pode requerer a revisão³⁵⁵ ou a resolução³⁵⁶ judicial do contrato pela onerosidade excessiva. Essa possibilidade decorre dos princípios gerais de boa-fé (art. 422 do Código Civil) e da função social do contrato (art. 421 do CC).

O contrato funda-se na proporcionalidade entre as prestações dos contratantes (sinalagma), nas pretensões das partes no momento de sua celebração e naquilo que era previsível ao tempo da contratação. Os riscos assumidos pelas partes são aqueles riscos

³⁵⁵ Art. 317 do CC: Quando, por motivos imprevisíveis, sobrevier desproporção manifesta entre o valor da prestação devida e o do momento de sua execução, poderá o juiz corrigi-lo, a pedido da parte, de modo que assegure, quando possível, o valor real da prestação.

³⁵⁶ Art. 478 do CC: Nos contratos de execução continuada ou diferida, se a prestação de uma das partes se tornar excessivamente onerosa, com extrema vantagem para a outra, em virtude de acontecimentos extraordinários e imprevisíveis, poderá o devedor pedir a resolução do contrato. Os efeitos da sentença que a decretar retroagirão à data da citação.

ordinários, normais e que se compreendem nos limites da previsibilidade³⁵⁷ Na ocorrência de modificação econômica no curso da relação contratual, caso as obrigações assumidas superarem excessivamente os benefícios auferidos, o Estado pode intervir mediante requerimento da parte lesada e decretar a modificação ou a resolução contratual.

O evento a suscitar revisão ou resolução contratual deve ser imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis, modificativo da base objetiva do negócio, a ponto de gerar o desequilíbrio econômico e a desproporção da prestação³⁵⁸. Por fim, como já analisado, se a desproporção ocorrer na gênese contratual e for decorrente de conduta dolosa de uma das partes, o Código Civil previu a possibilidade de anulação do negócio jurídico pela lesão (art. 157 do CC).

Importante destacar que a alteração de circunstância deve ser a tal ponto que a manutenção do contrato como firmado se torne excessivamente onerosa ao particular. Variações previsíveis e normais decorrentes do negócio devem ser absorvidas por aquele que se responsabilizou pela prestação.

4.3. Equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos regidos pela Lei nº 8.666/93

Os contratos regidos pela Lei nº 8.666/93 são aqueles em que a Administração necessita de adquirir obras, bens ou serviços para auxiliar na realização de suas atividades – os contratos de colaboração. Nesses contratos, a Administração fixa previamente todas as bases do contrato por meio da elaboração do projeto básico³⁵⁹ e da oferta aos interessados em prestar aquele serviço ou realizar a obra pelo preço a ser pactuado.

³⁵⁷ Cfr. Nelson NERY JÚNIOR e Rosa Maria de A. NERY (*in* *Código Civil Comentado* – 11ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 871). Também Cristiano Chaves de FARIAS (*in* *Curso...*, p. 234).

³⁵⁸ *Idem*, p. 698.

³⁵⁹ A própria Lei nº 8.666/93, no art. 6º, inciso IX, define projeto básico como “conjunto de elementos necessários e suficientes, com nível de precisão adequado, para caracterizar a obra ou serviço, ou complexo de obras ou serviços objeto da licitação, elaborado com base nas indicações dos estudos técnicos preliminares, que assegurem

Ofertada a proposta pelo interessado após regular andamento do processo licitatório, a Administração verifica sua viabilidade técnico-financeira, incluindo custos global e unitário, margem de lucro, entre outros itens³⁶⁰, e, caso a proposta esteja em conformidade com o Edital de Licitação, o objeto é adjudicado ao vencedor. Nesse momento, firmam-se a base objetiva e o equilíbrio econômico financeiro do negócio, sendo esse intangível pela Administração, exceto com a concordância do contratado³⁶¹.

A intangibilidade da cláusula econômico-financeira abrange todos os aspectos econômicos do contrato – data-base de pagamento, periodicidade, custos unitários, margem de lucro etc. Porém, as cláusulas regulamentares da relação podem ser modificadas unilateralmente pela Administração, desde que mantido o equilíbrio econômico-financeiro contratual.

Por se tratar de contratos de curto prazo, cuja matemática financeira inerente à formulação da proposta é mais simples, o particular oferta conforme o valor unitário atual do bem, ou seja, o valor do momento da contratação. Assim, na metodologia desses contratos, ele receberá pelo preço que ofertou no momento da contratação, podendo ser até mesmo atualizados se passado o prazo de pagamento convencionado.

a viabilidade técnica e o adequado tratamento do impacto ambiental do empreendimento, e que possibilite a avaliação do custo da obra e a definição dos métodos e do prazo de execução, devendo conter os seguintes elementos:

- a) desenvolvimento da solução escolhida de forma a fornecer visão global da obra e identificar todos os seus elementos constitutivos com clareza;
- b) soluções técnicas globais e localizadas, suficientemente detalhadas, de forma a minimizar a necessidade de reformulação ou de variantes durante as fases de elaboração do projeto executivo e de realização das obras e montagem;
- c) identificação dos tipos de serviços a executar e de materiais e equipamentos a incorporar à obra, bem como suas especificações que assegurem os melhores resultados para o empreendimento, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- d) informações que possibilitem o estudo e a dedução de métodos construtivos, instalações provisórias e condições organizacionais para a obra, sem frustrar o caráter competitivo para a sua execução;
- e) subsídios para montagem do plano de licitação e gestão da obra, compreendendo a sua programação, a estratégia de suprimentos, as normas de fiscalização e outros dados necessários em cada caso;
- f) orçamento detalhado do custo global da obra, fundamentado em quantitativos de serviços e fornecimentos propriamente avaliados;”

³⁶⁰ Art. 48, incisos I e II da Lei nº 8.666/93.

³⁶¹ Art. 58, § 1º, da Lei nº 8.666/93.

Conforme adverte Egon Bockmann MOREIRA e Rafaella Peçanha GUZELA, a formulação dos preços em contratos de curto e de longo prazo são distintas. Se nestes o valor presente “é o valor contratual futuro tornado presente”, por meio de sofisticados métodos matemáticos, nos contratos de curto prazo, o valor presente é o valor contratual previamente firmado, acrescido pela correção monetária³⁶².

Essa distinção impacta na diferenciação do regime jurídico de proteção do contraente privado nos contratos de concessão, como será analisado adiante.

4.3.1. Eventos modificativos do equilíbrio

O contrato administrativo pode ser modificado por fatores decorrentes do não cumprimento das obrigações contratuais ou pela superveniência de eventos extracontratuais que impactem na comutatividade contratual, como a utilização dos poderes exorbitantes pela Administração (modificação unilateral) em matéria contratual, sendo a mutabilidade uma das características típicas do contrato administrativo³⁶³.

Como analisado no capítulo anterior, nesses modelos de contratos, a Administração assume os principais riscos da avença. Assim, na ocorrência de evento modificativo, a matriz legal de riscos imputa ao poder público o dever de recompor o equilíbrio econômico-financeiro do contrato. Nesse sentido, a doutrina desenvolveu a teoria das áleas ou dos riscos do particular que contrata com a Administração: a álea ordinária ou empresarial, álea administrativa e a álea econômica³⁶⁴.

A álea ordinária ou empresarial decorre de riscos inerentes ao próprio negócio, oriundos de flutuações mercadológicas previsíveis. Em regra, a ocorrência dos riscos do próprio negócio

³⁶² Cfr. Egon Bockmann MOREIRA e Rafaella Peçanha GUZELA (*in Contratos...*, p. 343).

³⁶³ Ver Capítulo 1.

³⁶⁴ Adota-se a classificação proposta por Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*in Manual...*, p. 290) por considerá-la mais didática para os fins deste trabalho.

não imputa ao poder público o dever de recompor o equilíbrio, uma vez que são oscilações normais no mercado/segmento em que a contratação foi firmada.

A álea econômica corresponde às circunstâncias externas ao contrato e alheias à vontade das partes que impactam em uma ou ambas as partes envolvidas. Esses eventos devem ser imprevisíveis, inevitáveis, e causadores de desequilíbrio grave na relação contratual a ponto de impedir a manutenção da execução contratual por parte do particular – semelhante ao que ocorre em contratos privados. Nesses casos, adota-se a teoria da imprevisão, originada da cláusula *rebus sic standibus*, já analisada no primeiro capítulo.

A teoria da imprevisão é expressamente adotada pela Lei nº 8.666/93, no art. 65, inciso II, alínea *d*. A norma estabelece que os eventos imprevisíveis ou previsíveis de consequências incalculáveis e a ocorrência de força maior ou caso fortuito geram ao particular o direito ao reequilíbrio contratual, tomando-se por base o equilíbrio da proposta, a fim de restaurar a remuneração originalmente contratada. Contudo, a recomposição deve ser negociada entre as partes, uma vez que afeta cláusulas econômicas do contrato.

Destaca-se que a Administração pode recusar o reequilíbrio caso o particular não demonstre o evento causador da alteração imprevista, o impacto na equação econômica contratual e o nexos de causalidade entre o evento e a elevação dos encargos³⁶⁵. Celso Antônio Bandeira de MELLO ressalta que o alcance do termo “imprevisto” é aquele razoavelmente não previsto, ou seja, o evento previsível dentro da normalidade não enseja o reequilíbrio contratual³⁶⁶.

Por fim, a álea administrativa se aplica a eventos nos quais a Administração concorre para a ocorrência deles, seja interferindo de maneira direta na relação contratual, seja atuando em caráter geral a impactar de forma reflexa no equilíbrio contratual. Ela é subdividida em (i) alteração unilateral do contrato, quando a Administração, com fundamento no art. 65, inciso I, da Lei nº 8.666/93, altera as obrigações contratuais para melhor adequá-las ao interesse público; (ii) fato do príncipe, em que a Administração toma medidas de caráter geral ou setorial cujos efeitos

³⁶⁵ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO (*in* *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 1015).

³⁶⁶ *In* *Curso de...*, p. 673. O autor adota o termo *sujeições imprevistas* para designar a álea econômica do contrato.

impactem no equilíbrio contratual; e (iii) fato da Administração, qualificado como todo ato comissivo ou omissivo da Administração que impactem direta e especificadamente sobre o contrato, aptos a retardar, agravar ou impedir sua execução³⁶⁷.

A ocorrência de evento caracterizado como fato do príncipe, por previsão expressa do art. 65, inciso II, alínea *d*, é de responsabilidade da Administração contratante. O fato do príncipe decorre de um ato estatal lícito, válido e perfeito a causar lesão patrimonial no particular contratado³⁶⁸, sendo que a legislação estabelece o mesmo tratamento ao fato do príncipe quanto à infringência na álea econômica contratual. Trata-se de uma ofensa reflexa ao contrato, pois é ato extracontratual.

Discute-se se a medida geral ou setorial a impactar no contrato for originada de outra esfera governamental que não a contratante geraria o direito ao reequilíbrio. Marçal JUSTEN FILHO sustenta que independe de qual ente federado partiu a alteração – a Administração contratante torna-se responsável por recompor o equilíbrio contratual com fundamento na álea administrativa, vertente fato do príncipe³⁶⁹. Noutro sentido, Maria Sylvia Zanella DI PIETRO entende o fato do príncipe somente se partir da mesma entidade contratante e que, nos outros casos, aplica-se a teoria da imprevisão³⁷⁰.

Em nossa visão, o fato do príncipe independe da esfera administrativa que editou o ato – um ato de governo (ato administrativo, legislativo ou judiciário) interferiu na comutatividade contratual, quebrando as legítimas expectativas do contratante no retorno do negócio celebrado. Nesse caso, por ser ato governamental, mesmo que a medida tenha sido praticada por ente diverso do poder contratante, esse tem o dever de recompor o equilíbrio contratual.

O dever de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro em decorrência do exercício do poder de modificação unilateral do contrato é legal. O art. 65, § 6º, da Lei nº 8.666/93³⁷¹ impõe à Administração a obrigação de recomposição, via aditamento, pelo uso das prerrogativas

³⁶⁷ *Idem*, p. 290.

³⁶⁸ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO (*in Comentários...*, p. 1021).

³⁶⁹ *Idem*, p. 1019.

³⁷⁰ *In Direito Administrativo...*, p. 292. No mesmo sentido, Celso Antônio Bandeira de MELLO (*in Curso...*, p. 763).

³⁷¹ § 6º Em havendo alteração unilateral do contrato que aumente os encargos do contratado, a Administração deverá restabelecer, por aditamento, o equilíbrio econômico-financeiro inicial.

contratuais. Para que seja exercido, deve haver a alteração do interesse público e, concomitantemente, a incumbência em reequilibrar o contrato. Nesse caso, não há necessidade de acordo entre as partes. A Administração exerce seu direito de alterar unilateralmente o contrato, porém surge o dever de recompor integralmente a equação econômica original.

Por fim, o fato da Administração é caracterizado como a conduta da Administração que, na qualidade de contratante, torne impossível a execução contratual ou crie desequilíbrio econômico financeiro³⁷². Insere-se nessa álea a falta de pagamento por parte do contratante, a não liberação de área para o início das obras, entre outros fatos relacionados diretamente às obrigações contratuais a cargo do poder público.

Na ocorrência de fato da Administração, a Administração tem a obrigação de recompor o equilíbrio contratual, por ser fato imputável exclusivamente a ela. Marçal JUSTEN FILHO entende que se trata de ilícito contratual devendo ser compensado por indenização por perdas e danos. Não obstante, pela prática e por ser um procedimento mais simples, o particular prefere adotar o reequilíbrio para o reestabelecimento do *status quo ante* da avença³⁷³.

4.4. Equilíbrio econômico-financeiro nas concessões comuns e, em especial, nos contratos de parcerias público-privadas

O art. 37, inciso XXI³⁷⁴, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1.988, como já analisado no Capítulo II, institui a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro dos

³⁷² Cfr. Maria Sylvia Zanella DI PIETRO (*in Direito...*, p. 293). Também Celso Antônio Bandeira de MELLO (*in Manual...*, p. 637) define o fato da Administração como “o comportamento irregular do contratante governamental que, nesta mesma qualidade, viola os direitos do contratado e eventualmente lhe dificulta ou impede a execução do que estava entre eles avençado”.

³⁷³ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO (*in Curso de...*, p. 553).

³⁷⁴ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

XXI - ressalvados os casos especificados na legislação, as obras, serviços, compras e alienações serão contratados mediante processo de licitação pública que assegure igualdade de condições a todos os concorrentes, com cláusulas

contratos administrativos como direito subjetivo dos contratados (a Constituição de 1.969, art. 167, inciso II, já o alçava a essa condição, mantida na Carta vigente). A norma constitucional não previu distinção de tipos contratuais, salvaguardando todos os contratos firmados pela Administração, sejam eles tradicionais (aquisição de bens e prestação de serviços) ou de concessão de serviços públicos – concessões comuns e parcerias público-privadas.

A Administração possui prerrogativas contratuais às quais os concessionários encontram-se sujeitos, como a possibilidade de alteração unilateral do contrato, e a isso não se nega³⁷⁵. Todavia, a manutenção do equilíbrio econômico-financeiro é garantia do concessionário para que se mantenha a reciprocidade entre as obrigações assumidas e a devida remuneração, fundamento dos contratos dessa espécie – comutativos.

O equilíbrio econômico-financeiro é mecanismo para estabilizar a relação contratual e conceder segurança jurídica ao concessionário diante de alterações em cláusulas regulamentares perpetradas pela Administração ou por situações imprevistas no momento em que a relação foi firmada. A própria CR/88 determina que devem ser “mantidas as condições efetivas da proposta” durante a execução contratual (art. 37, inciso XXI), bem como no art. 10 da Lei nº 8.987/95³⁷⁶. Essa determinação é referendada pelos tribunais superiores brasileiros.

Nesse sentido, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência sólida quanto à intangibilidade da equação econômica dos contratos administrativos, já decidindo que “a estabilidade econômico-financeira do contrato administrativo é expressão jurídica do princípio da segurança jurídica, pelo qual se busca conferir estabilidade àquele ajuste, inerente ao contrato de concessão, no qual se garante à concessionária viabilidade para a execução dos serviços, nos moldes licitados. A manutenção da qualidade na prestação dos serviços concedidos (exploração de transporte aéreo) impõe a adoção de medidas garantidoras do reequilíbrio da equação

que estabeleçam obrigações de pagamento, mantidas as condições efetivas da proposta, nos termos da lei, o qual somente permitirá as exigências de qualificação técnica e econômica indispensáveis à garantia do cumprimento das obrigações.

³⁷⁵ Ver Capítulo 1.

³⁷⁶ Art. 10. Sempre que forem atendidas as condições do contrato, considera-se mantido seu equilíbrio econômico-financeiro.

econômico-financeira do contrato administrativo, seja pela repactuação, reajuste, revisão ou indenização dos prejuízos³⁷⁷. O Superior Tribunal de Justiça tem o mesmo entendimento³⁷⁸.

Fernando Vernalha GUIMARÃES chama a atenção para a confluência do regime dos contratos administrativos e dos contratos privados, uma vez que interferências estatais unilaterais por parte da Administração são indesejadas e afetam na eficiência da contratação. A eficiência buscada nos novos modelos contratuais pressupõem a estabilidade do ambiente institucional e do marco regulatório setorial, conferindo segurança jurídica à avença. A relação entre os contraentes público e privado, nesse contexto, passa a ser tendencialmente mais igualitária³⁷⁹.

Nesse diapasão, a tutela do equilíbrio econômico-financeiro não mais é feita com fundamento nos riscos extracontratuais conforme previsto na Lei nº 8.666/93. A matriz de riscos eficientemente realizada na fase pré-contratual, mais detalhadamente confeccionada, torna-se o

³⁷⁷ Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário RE 571.969, rel. Min. Carmen Lúcia, julgamento em 12/03/2014, publicação em 18/09/2014).

³⁷⁸ Os contratos de concessão têm garantida a manutenção do seu equilíbrio econômico financeiro, de modo a viabilizar que as obrigações assumidas pelo contratante no momento do ajuste encontre correspondência na compensação econômica adequada; é assegurada durante todo o período de execução do contrato a real e efetiva correlação entre a execução do contrato e a sua remuneração, conforme preconizam, de forma uníssona, doutrinadores excelentes como os Professores Hely Lopes Meirelles, Celso Antonio Bandeira de Melo e Caio Tácito. 4. A manutenção da equação financeira original do contrato de concessão é mais que uma orientação doutrinária vitoriosa, com respaldo jurisprudencial; na verdade, constitui princípio erigido sob a égide constitucional desde a Carta de 1969, no art. 167, II, hoje repetido na Constituição Cidadã de 1988, no art. 37, XXI. À época da relação contratual sob exame a legislação infraconstitucional, do mesmo modo, referendava a adoção do aludido princípio, consoante depreende-se do teor do art. 55, II, d do Decreto-Lei 2.300/86 e dos arts. 57, §§1o. E 2o. e 58 da Lei 8.666/93. 5. A garantia de estabilidade da relação jurídico-administrativa contratada entre Poder Concedente e a Concessionária é expressão clara do princípio da segurança jurídica, assegurando àqueles que assumem a execução de um serviço de interesse público a preservação das circunstâncias e expectativas que levaram à assunção do contrato. A quebra da equação por ato omissivo ou comissivo do Poder Concedente gera por conseguinte, o dever de recomposição do equilíbrio, não somente em nome da almejada segurança jurídica como da inegável importância da continuidade da prestação do Serviço Público, até para não gerar desconfiança na firmeza dos tratos públicos. (Superior Tribunal de Justiça, Recurso Especial REsp 1248237/DF, re. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, julgamento em 18/09/2014, publicação em 01/10/2014).

³⁷⁹ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in O equilíbrio...*, p. 90). Vitor Rhein SCHIRATO e Júlio César Moreira BARBOZA (*in Levando a sério a remuneração nos contratos públicos de longo prazo. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 491-502*) apontam que a consensualidade passou a integrar o modo de agir administrativo.

“motor de arranque”³⁸⁰ para que se analise o direito à recomposição. Deixa-se de transferir ao juiz ou ao árbitro a alocação *ex post* do risco, promovendo a substituição da lógica corretiva a que eram submetidos os contratos da Lei nº 8.666/93 pela lógica preventiva, cuja alocação de riscos é previamente fixada no contrato³⁸¹.

Nos contratos de longo prazo, como são as concessões e as parcerias público-privadas, é praticamente impossível relacionar todos os eventos possíveis capazes de influenciar no contrato³⁸². A complexidade, prazo estendido e os custos para elaboração de estudos técnicos de viabilidade detalhados desses contratos impedem a identificação de riscos exauriente e a alocação da responsabilidade pela sua ocorrência, mas, quanto mais detalhados forem, menores os custos de transação decorrentes de divergências quanto à responsabilidade³⁸³.

De tal forma, a lógica dos contratos de concessão e parcerias público-privadas não podem seguir a lógica dos contratos administrativos tradicionais, nos quais a Administração é legalmente responsável pela ocorrência de riscos extracontratuais. Além disso, o regime jurídico-financeiro desses contratos compõe-se de despesas da prestação de serviço de curto prazo ou aquisição de bens remunerados imediatamente pelo poder público (desembolso unitário), enquanto naqueles o particular realiza o investimento inicial para desenhar e construir o equipamento público, mediante capital próprio ou financiamento bancário, e passa a ser remunerado somente após o início da exploração do empreendimento³⁸⁴.

³⁸⁰ Cfr. Maurício Portugal RIBEIRO (*in O que todo...,* p. 443). Flávio Amaral GARCIA (*in A imprevisão na previsão e os contratos concessionais*, In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 109-124) afirma que diferentemente da visão tradicional do contrato administrativo, cujo equilíbrio econômico-financeiro é uma relação cartesiana entre obrigações e a respectiva remuneração, nos contratos de PPP assumiu “uma dimensão dinâmica e conectada com a matriz de riscos”.

³⁸¹ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in O equilíbrio...,* p. 90).

³⁸² Ver Capítulo 2.

³⁸³ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in O equilíbrio...,* p. 91).

³⁸⁴ Cfr. Egon Bockmann MOREIRA (*in Contratos Administrativos de Longo Prazo: A Lógica...,* p. 83). Esse autor aponta que a lógica nos contratos tradicionais é o valor presente do contrato ser o valor contratual firmado após o procedimento licitatório, acrescido de correção, ao passo que nos contratos de concessão o valor presente é o “valor contratual futuro tornado presente”, por meio de técnicas financeiras.). Em sentido contrário, José Anacleto Abduch SANTOS (*in Parceria Público-Privada...,* p. 377) sustenta que a dinâmica do equilíbrio econômico-financeiro dos contratos tradicionais e da concessão é a mesma.

Assim, identificar a atratividade do negócio em contratos de longo prazo submete-se a técnicas de matemática financeira avançadas, ou seja, deve levar em consideração os custos de implantação e de operação do equipamento, as receitas oriundas da exploração e a margem esperada de remuneração do capital empregado (taxa mínima de atratividade e/ou taxa interna de retorno), que serão analisados posteriormente.

Outro elemento central para a definição do equilíbrio econômico-financeiro nas concessões comuns e nas PPPs é a proposta apresentada pelo concessionário e o respectivo plano de negócios do empreendimento. Não obstante se tratar de contratos de adesão, o concessionário confecciona sua proposta conforme exigência do edital de licitação e apresenta o plano de negócios.

Nesse documento, são detalhadas as premissas do negócio, a concepção do empreendimento, custos operacionais, receitas decorrentes e/ou contraprestações públicas, o retorno esperado, o fluxo de caixa projetado, as condições institucionais e mercadológicas do momento da contratação e outros elementos que compõem a análise geral do projeto. Analisam-se os riscos alocados no particular numa situação de normalidade (com base no momento da contratação) e precificados para a composição da oferta pública³⁸⁵.

Todo esse arcabouço jurídico, institucional, econômico e financeiro que acompanha a proposta, ou seja, as circunstâncias que compuseram a oferta do concessionário, torna-se a base objetiva do negócio³⁸⁶. Transforma-se no espelho da norma constitucional que determina a

³⁸⁵ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in O equilíbrio...*, p. 93) informa que os riscos, contratualmente previstos ou não, tendem a ser incorporados nas ofertas. Da mesma forma, Marçal JUSTEN FILHO (*in Considerações sobre...*, p. 409) ao afirmar que “os custos atinentes aos riscos assumidos pelo particular são transferidos para a remuneração por ele estabelecida”.

³⁸⁶ *Idem*, p. 86. No mesmo sentido, Maurício Portugal RIBEIRO (*in O que todo...*, p. 443) afirma que o plano de negócios apresentado pela concessionária é, via de regra, o elemento que representa o estado de equilíbrio do contrato de parceria público-privada e de concessão, pois valora, põe em números, as relações entre custos e receitas durante toda a concessão. Marçal JUSTEN FILHO (*in Considerações sobre...*, p. 429) informa que o plano de negócios é um documento que explicita as atividades a serem executadas, procedimentos, onde e como os recursos serão alocados, a contratação de pessoal para instalar e operar o empreendimento, conforme regras previstas no edital – é, portanto, a estruturação do empreendimento tomado por base o caderno de encargos do concessionário e a matriz de riscos.

manutenção das condições efetivas da proposta (art. 37, inciso XXI, da CR/88), parâmetro para aferição do equilíbrio econômico financeiro durante toda a relação contratual.

Pode-se definir o equilíbrio econômico-financeiro nas concessões quando “o capital destinado ao investimento for remunerado por uma taxa que não só compense custos financeiros fixos, mas também o custo de oportunidade do capital e os riscos associados ao empreendimento”³⁸⁷, fundado no momento em que a proposta feita pelo concessionário, com base no plano de negócios, é aceita pela Administração, ocorrendo a adjudicação do objeto.

4.4.1. A Taxa Interna de Retorno (TIR) como parâmetro de aferição do equilíbrio

Diferentemente dos contratos administrativos submetidos aos regramentos da Lei nº 8.666/93, cujo mecanismo de remuneração decorrente da relação contratual é mais simples por se tratar de contratos de curto prazo e os riscos serem alocados em sua maioria à Administração – análise de receitas e custos para identificar o ganho/lucro, mantendo-se incólume valores e disposições³⁸⁸, os contratos de concessão dependem de análises mais sofisticadas no tocante às projeções de rentabilidade dos investimentos realizados pelo particular.

A Constituição brasileira e a Lei ° 8.987/95, aplicada subsidiariamente às parcerias público-privadas, apesar de determinarem o equilíbrio econômico-financeiro nesses contratos, não delinea a forma nem os parâmetros que devem guiar a Administração e o concessionário para avaliarem a manutenção do equilíbrio. Assim, coube à doutrina, aos economistas e aos

³⁸⁷ Cfr. Egon Bockmann MOREIRA e Rafaella Peçanha GUZELA (*in Contratos Administrativos de Longo Prazo, Equilíbrio Econômico Financeiro e Taxa Interna de Retorno*. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2016, p. 337-356).

³⁸⁸ *Idem*, p. 340. No mesmo sentido, Marcos Augusto PEREZ (*in Mecanismos para a recomposição do equilíbrio econômico-financeiro*. Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 334) e Vitor Rhein SCHIRATO e Júlio César Moreira BARBOSA (*in Levando a Sério...*, p. 499), ao afirmarem que a formação do equilíbrio econômico-financeiro as PPP e concessões partem do cálculo da tríade: custos de instalação e operação, repagamento dos custos de investimentos e financiamentos e o retorno do capital investido.

órgãos de controle, diante dos conceitos abertos (conceitos jurídicos indeterminados) da norma, definirem o regramento³⁸⁹.

O art. 10 da Lei n 8.987/95 estipula apenas condições a serem mantidas durante a execução contratual: “(i) encargos do concessionário – conjunto de obrigações e deveres jurídicos e materiais destinados à prestação dos serviços concedidos; (ii) remuneração do concessionário: valor da tarifa e/ou contraprestação pública quando existente; (iii) prazo da concessão; (iv) direitos dos usuários; (v) direitos do concedente; (vi) prerrogativas do concedente; (vii) direitos do concessionário não relacionados com a remuneração (como uso de bem público)”³⁹⁰.

Não obstante, apesar dos esforços para se definir o melhor critério a refletir o equilíbrio econômico-financeiro nos contratos de concessão, por não haver definição normativa, é necessário que os mecanismos de aferição e recomposição estejam expressos e detalhados no contrato, pois confere segurança jurídica à contratação. Da mesma maneira que a repartição objetiva de riscos, o modo de aferição e recomposição do equilíbrio econômico-financeiro tem sua matriz contratual – respeita-se, portanto, a autonomia administrativa para fixar as diretrizes contratuais, sempre limitadas pelos princípios constitucionais e, principalmente, pelo princípio da eficiência.

A modelagem contratual, mais uma vez, é essencial para a estabilidade da relação de longo prazo. Assim, conforme aponta José Anacleto Abduch SANTOS, “se faz mister uma configuração contratual eficaz e eficiente, e primar pelo conceito operacional de tipicidade contratual, objetivando produzir normas no contrato que possam colmatar e suprir insuficiências legais, pois, todo conflito potencial de interesses que tiver antecipação de solução em disposição

³⁸⁹ Cfr. Sérgio GUERRA. *Concessões de Serviços Públicos: Aspectos Relevantes sobre o Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno (TIR)*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 451-465.

³⁹⁰ Cfr. José Anacleto Abduch SANTOS. *Parceria público-privada na modalidade concessão patrocinada: equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 375-403.

expressa no contrato afasta a necessidade de intervenção judicial, e de litígios que podem produzir lesão ao erário e aos interesses do concessionário, do Poder Público e do usuário”³⁹¹.

Entre as técnicas possíveis para se fixar o ponto de referência estão a utilização de planilhas de custos, adoção de índices gerais ou setoriais de reajuste, “parametrização entre custos principais e índices gerais ou setoriais de inflação”, projeção do retorno do método de fluxo de caixa com base no plano de negócios ou com base no fluxo de caixa marginal, entre outros. Porém, como adverte Marcos Augusto PEREZ, é possível a previsão contratual de um ou mais métodos conjugados para que se evitem distorções, como o uso do fluxo de caixa projetado para variações imprevistas e o fluxo de caixa marginal para novos investimentos³⁹². Esses métodos serão tratados adiante.

A questão envolta no equilíbrio econômico-financeiro das concessões é mais afeta, como a semântica das palavras aponta, às ciências econômicas e financeiras. Não obstante, por serem protegidos pela própria Constituição, sobretudo nos contratos sob análise, importante destrinchar os mecanismos de avaliação de projetos, pois serão os balizadores da definição do equilíbrio e parâmetro para sua recomposição em caso de eventos que alterem a relação entre obrigações e recompensas estipuladas no contrato.

Ao aplicar conceitos da administração financeira, Stéphanie Luíse Pagel SCHARF e Heloísa Conrado CAGGIANO identificam que, além das leis, cláusulas contratuais e da respectiva matriz de risco, é necessária a análise financeira do investimento (do projeto de concessão ou PPP). Os principais métodos apontados são o fluxo de caixa do investimento, valor presente líquido (VPL), valor presente líquido anualizado (VPLa), valor presente uniforme (VPU), índice custo-benefício (IBC), retorno adicional sobre o investimento (ROIA), taxa interna de retorno (TIR) e o *payback*. Todos esses indicadores são utilizados na seleção de

³⁹¹ *Idem*, p. 379.

³⁹² Cfr. Marcos Augusto PEREZ. (*In* *Mecanismos para a Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Parcerias Público-Privadas*. Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015, p. 331)

alternativas de investimentos e na avaliação do impacto destes investimentos no EVA (*economic value added*) de unidades de negócio³⁹³.

Esses métodos são projeções que utilizam técnicas financeiras para revelar ao investidor o valor do seu dinheiro, com a respectiva remuneração, num determinado momento no futuro. Porém, para serem assertivos, dependem de segurança jurídica e de estabilidade quase absoluta das bases objetivas do negócio, algo impensável em contratos de longo prazo³⁹⁴. Ao contrário do que ocorre nos contratos regidos pela Lei nº 8.666/93, de curto prazo e cujo equilíbrio é estático ($a = b$), nesses métodos de análise o equilíbrio é pautado com base em proporções e em determinado tempo – $a/b = a'/b'$

O método de fluxo de caixa projeta e analisa entradas e saídas de dinheiro ao longo do período para um caixa simbólico já constituído, “além de ser o levantamento das posições econômicas ao longo do tempo”. Utilizam-se técnicas de distribuição, que consideram a aleatoriedade dos elementos que compõem o fluxo de caixa, como a análise de sensibilidade e geração analítica da distribuição de probabilidade do valor presente líquido do projeto. Assim, estima-se, num momento zero, os benefícios e os custos do projeto para determinado cenário esperado e, ao final do período de investimento, com a soma dos valores, elabora-se o fluxo de caixa. Ao final, verifica-se o custo de oportunidade do investimento, ou seja, o valor gerado pelo projeto comparando-o a outros investimentos disponíveis. Analisado todo o período, conceitualmente, “o projeto será atrativo se o fluxo esperado de benefícios superar o valor do investimento que originou esse fluxo”³⁹⁵.

O método do Valor Presente Líquido (VPL) consiste em trazer os valores esperados de um fluxo de caixa para a data zero (razão por ser considerado descontado) e do valor resultante

³⁹³ Cfr. Stéphanie Luíse Pagel SCHARF e Heloisa Conrado CAGGIANO (*in Os critérios de Análise de Projetos de Investimentos e os Contratos Administrativos de Longo Prazo*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 469).

³⁹⁴ Cfr. Egon Bockmann MOREIRA (*in Contratos Administrativos de Longo Prazo: A Lógica de seu Equilíbrio Econômico-Financeiro*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 84).

³⁹⁵ Cfr. Stéphanie Luíse Pagem SCHARF (*Os critérios...*, p. 474).

retirar o investimento inicial, “utilizando-se como taxa de desconto a taxa mínima de atratividade” – custo de oportunidade. A soma desses valores, já livres de tributos, representa o VPL. Um VPL positivo representa que o projeto recuperou o investimento realizado, remunerando-o pela taxa mínima de atratividade, e ainda recebeu um excesso de fluxo de caixa. Porém, os autores apontam que um VPL maior que zero não significa que um projeto é ou não atrativo, apenas indica que o fluxo esperado de benefícios supera os investimentos. Além disso, esse método demanda a utilização de outros indicadores para analisar se o projeto é atrativo ao investidor e sobre os riscos do projeto³⁹⁶.

O Valor Presente Líquido anualizado (VPLa) diverge do método VPL apenas por utilizar um fluxo de caixa de uma série uniforme no tempo, transformando o fluxo de caixa representativo em uma série uniforme. Ele demonstra a falta ou o excesso de caixa em determinado período. Apresenta o mesmo ponto negativo do VPL, ou seja, não consegue demonstrar isoladamente a atratividade do investimento, necessitando de outros métodos para complementar as análises³⁹⁷.

O método do Valor Periódico Uniforme (VPU) calcula uma renda imediata que seja equivalente ao fluxo de caixa do investimento com a utilização de uma taxa de atratividade. O resultado representa o custo ou a receita periódica do investimento, servindo de base para se comparar o retorno desse investimento a outros com custo periódico menor ou maior receita periódica. Suas qualidades e defeitos são semelhantes ao VPL³⁹⁸.

O Índice Custo-Benefício (IBC) é calculado pela soma do valor presente do fluxo de benefícios dividido pela soma do valor presente do fluxo de investimentos. Os benefícios são as receitas, faturamentos, dividendos e demais rubricas que beneficiam o projeto. Já os investimentos são os gastos, despesas, pagamentos, juros e outros itens que endividam o empreendimento. Possui como hipótese implícita que os recursos liberados ao longo do projeto são reinvestidos à taxa mínima de atratividade. O método do Retorno Adicional sobre o

³⁹⁶ *Idem*, p. 474.

³⁹⁷ *Ibidem*, p. 476.

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 477.

Investimento (ROIA) utiliza os dados do IBC, porém em termos percentuais. Sua diferença é que analisa cada período de tempo, não trazendo os valores a data zero³⁹⁹.

O último método a ser analisado é o da Taxa Interna de Retorno (TIR). Ela representa, assim como os demais métodos descritos, “a expectativa de lucro que o empresário terá na PPP caso todas as premissas apresentadas sejam cumpridas, ou seja, se os custos e o faturamento da concessão forem os previstos”⁴⁰⁰. A TIR, portanto, funciona como uma taxa de juros implícita – “é a porcentagem que permite que os valores de desembolsos e receitas, ajustados mediante uma taxa de desconto por ano, resultem em zero”⁴⁰¹. Para se definir a TIR, o concessionário precifica o risco, incorporando-o à taxa de lucratividade prevista⁴⁰².

Antônio MARTINS sustenta que a TIR é uma variável que sintetiza o interesse financeiro da concessão para o concessionário, pois nela concorrem as estimativas de investimentos, rendimentos e gastos da concessão. Por esse motivo, o autor considera a TIR “elemento fulcral de qualquer concessão”⁴⁰³.

Esse autor aponta que são quatro os fatores a serem considerados na análise da TIR: (i) o investimento inicial, considerando os desembolsos para adquirir ativos tangíveis e intangíveis; (ii) conjunto de previsão de rendimento que o projeto poderá gerar, “ancoradas em estimativas de quantidades a vender, de preços a cobrar, da taxa de inflação a considerar e de outras variáveis”; (iii) a estimativa de gastos, inclusive consumo de material, salários, depreciação, juros a pagar e outros; (iv) o tempo de duração do investimento apto a gerar fluxo de caixa⁴⁰⁴.

³⁹⁹ *Ibidem*, p. 478.

⁴⁰⁰ Cfr. Sérgio GUERRA. *Equilíbrio...*, p. 318.

⁴⁰¹ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO (*in* *Considerações sobre a equação econômico-financeira das concessões de serviço público: a questão da TIR*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 405-432).

⁴⁰² Cfr. Egon Bockmann MOREIRA (*in* *Contratos Administrativos de Longo Prazo...*, p. 347).

⁴⁰³ Cfr. Antônio MARTINS (*in* *Sobre o Equilíbrio Financeiro das Concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Accionista: uma perspectiva econômica*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 321-335).

⁴⁰⁴ *Idem*, p. 322. José Anacleto Abduch SANTOS (*in* *Parceria...*, p. 381) considera a TIR a técnica mais sofisticada para análise de investimentos.

O índice TIR pode ser utilizado tanto para analisar o retorno do investimento quanto o risco. No primeiro, ela pode ser interpretada como um “limite superior para a rentabilidade de um projeto investido”, porém, nesse aspecto, somente se não se souber a taxa mínima de atratividade (TMA). Quanto ao risco, analisa-se a TMA e a TIR: quanto mais próximas forem, indica-se que o risco do projeto é maior e, geralmente, acompanhada de rendimentos maiores. Se as incertezas no projeto forem maiores, mais alta será a TIR⁴⁰⁵.

A taxa interna de retorno é subdivida em TIR do projeto (ou desalavancada) e TIR do acionista (alavancada). Na primeira, a premissa de cálculo é a utilização exclusiva de capital próprio para consecução do projeto, sendo o custo do capital a “taxa de juros máxima à qual podem ser aplicados estes mesmos recursos pelo investidor (para alternativas de riscos equivalentes), de modo a possibilitar avaliação do custo de oportunidade do capital”. O fluxo de caixa é analisado apenas com base em entradas e saídas decorrentes da operação da concessão⁴⁰⁶.

Já a TIR do acionista – ou alavancada – pressupõe a utilização de capital de terceiros na execução do projeto. Assim, não são analisados recursos oriundos da exploração do empreendimento, mas entradas e saídas de recursos em função dos financiamentos para custear o empreendimento. Agrupa-se o fluxo de caixa operacional com o fluxo de caixa do financiamento, resultando o fluxo de caixa alavancado⁴⁰⁷.

Egon Bockmann MOREIRA e Rafaella Peçanha GUZELA apontam que a TIR do projeto (desalavancada) vem sendo utilizada como parâmetro para análise do equilíbrio econômico-financeiro, pois enquanto essa considera apenas dados objetivos do empreendimento, a TIR do acionista (alavancada) reflete a “engenharia financeira personalíssima, com itens exógenos ao contrato de concessão, cujo impacto nem sempre precisa ser transmitido ao projeto (e/ou ao concedente e usuário)”⁴⁰⁸.

⁴⁰⁵ Cfr. Stéphane Luíse Pagel SCHARF (*Os critérios...*, p. 479). Para maior detalhamento matemático-financeiro acerca da TIR, ver Antônio MARTINS (*in Sobre o equilíbrio...*, p. 321-335).

⁴⁰⁶ Cfr. Egon Bockmann MOREIRA (*in Contratos Administrativos...*, p. 349).

⁴⁰⁷ *Idem*, p. 349.

⁴⁰⁸ *Ibidem*, p. 350.

Por esses motivos, o Tribunal de Contas da União, órgão responsável por verificar as contas do Governo Federal, adota a taxa interna de retorno (TIR) como parâmetro para identificar o equilíbrio econômico-financeiro em contratos de concessão e de parcerias público-privadas e, com a ocorrência de desequilíbrios, utiliza-a como paradigma para a recomposição do equilíbrio.

O Acórdão nº 943/2016 – Plenário, relatado pelo Min. Augusto Nardes, evidencia a orientação: “De fato, a tarifa teto do pedágio é definida em uma equação que considera a taxa interna de retorno, as despesas operacionais, as despesas de capital e a receita. A fixação da TIR e a apuração das despesas podem ser confrontadas com parâmetros existentes (taxas de mercado, metodologia Capital Asset Pricing Management, custo médio gerencial, Sicro, comparação com outras concessões, etc)”⁴⁰⁹.

Há, ainda, o Acórdão nº 18/2017 – Plenário do Tribunal de Contas da União, no qual o relator sustenta que “inicialmente, explica-se que o Custo Ponderado Médio do Capital (WACC, em inglês) extraído das condições médias do mercado de concessões rodoviárias foi utilizado como um aproximador da Taxa de Interna de Retorno (TIR) considerada justa a ser auferida pelas concessionárias frente às condições econômicas atuais. No entanto, no cálculo da TIR de cada investimento, utiliza-se o método típico, em que a TIR é a taxa que torna nulo o Valor Presente Líquido (VPL). Assim, o melhor cenário para a Contratada é que se superestime o valor da TIR justa e se subestime a TIR real do projeto”⁴¹⁰.

Mesmo sendo um parâmetro para identificar o equilíbrio econômico-financeiro da concessão, a taxa interna de retorno (TIR) apresenta algumas distorções que podem comprometer o andamento regular da concessão. Ressalta-se, nesse caso, que a TIR não é critério de lucratividade absoluta⁴¹¹ para o concessionário, uma vez que se baseia em aspectos internos do projeto e depende da manutenção da base do negócio. Nesse sentido, ela é uma referência

⁴⁰⁹ Tribunal de Contas da União, Acórdão 943/2016, Processo nº 033.634/2015, rel. Ministro Augusto Nardes, julgado em 20/04/2016. No mesmo sentido, os Acórdãos nº 1665/2016, Processo nº 017.093/2014, rel. Ministro Weder de Oliveira, julgado em 29/06/2016.

⁴¹⁰ Tribunal de Contas da União, Acórdão 18/2017, Processo nº 023.204/2015, rel. Ministro Augusto Sherman, julgado em 18/01/2017.

⁴¹¹ Cfr. Marcos NÓBREGA (*in Os limites...*, p. 437).

estimada para permitir análise futura do investimento, não sendo a alteração da TIR no decorrer do contrato, por si, fato a ensejar o reequilíbrio econômico-financeiro do contrato, a fim de que se mantenha estável durante toda a execução⁴¹². A taxa interna de retorno não se constitui, portanto, garantia de retorno ao investidor.

Fernando Vernalha GUIMARÃES aponta que, se optasse pela manutenção estática da TIR durante a execução contratual, mesmo na ocorrência de riscos alocados ao parceiro privado, seriam neutralizados os possíveis ganhos de eficiência da performance do concessionário na gestão do empreendimento. A definição da TIR como estática e o potencial conflito com a matriz de riscos é denominada pelo autor como antinomia contratual⁴¹³.

Outro ponto levantado pela doutrina é a incapacidade da TIR para avaliar novos investimentos. Essa metodologia pressupõe que a estabilidade das bases do negócio e um reinvestimento pela mesma taxa⁴¹⁴. Porém, na necessidade de novos investimentos por parte do concessionário, o custo de captação de recursos e outras variáveis serão diferentes da base do negócio, gerando distorções na rentabilidade projetada. Caso seja utilizada a TIR do projeto referenciada, reequilibrar-se-ia o contrato gerando novo desequilíbrio⁴¹⁵.

Para evitar essa distorção, sugere-se a análise pelo fluxo de caixa marginal, referindo-se a novas entradas e saídas, paralelas àquelas previstas no plano de negócios⁴¹⁶. Caso seja reequilibrado na TIR original, adotando-se a imutabilidade da TIR, “o concessionário ou terá grandes perdas (no caso de piora do cenário econômico), ou auferirá ganhos monopolistas e lucros acima dos pactuados no mercado”⁴¹⁷.

Por esses motivos, a utilização isolada da TIR para dimensionar e avaliar desequilíbrios pode gerar distorções no equilíbrio contratual. Assim, deve-se conjugar outros métodos e analisar

⁴¹² Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in O equilíbrio...*, p. 101). No mesmo sentido, Egon Bockmann MOREIRA e Rafaella Peçanha GUZELA (*in Contratos Administrativos...*, p. 355).

⁴¹³ *Idem*, p. 105. Também Egon Bockmann MOREIRA e Rafaella Peçanha GUZELA (*in Contratos Administrativos...*, p. 348).

⁴¹⁴ Cfr. Marcos NÓBREGA (*in Os limites...*, p. 438).

⁴¹⁵ Cfr. Egon Bockmann MOREIRA e Rafaella Peçanha GUZELA (*in Contratos Administrativos...*, p. 350).

⁴¹⁶ *Idem*, p. 354. Também Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in O Equilíbrio...*, p. 105).

⁴¹⁷ Cfr. Marcos NÓBREGA (*in Os limites...*, p. 440).

principalmente o fluxo de caixa da concessão para avaliar o impacto do evento causador do desequilíbrio⁴¹⁸.

4.4.2. A alteração de circunstâncias e a ocorrência de eventos modificativos nos contratos de parcerias público-privadas

A natureza das parcerias público-privadas não permite que as partes suportem lucros ou prejuízos desmesurados ou desproporcionais⁴¹⁹, pois permitem que as partes compartilhem, fundado na matriz de risco contratual, prejuízos e ganhos decorrentes da exploração do empreendimento. Pelo menos, essa deveria ser a orientação para elaboração dos contratos com vistas a garantir maior eficiência à avença.

Porém, durante a execução de um contrato de parceria público-privada, e pela própria natureza da relação complexa e de longo prazo, eventos alteram a base objetiva em que o negócio foi firmado. Esses eventos podem impactar no equilíbrio econômico-financeiro da parceria, fazendo com que uma das partes tenha sua situação piorada em relação ao que foi previsto no plano de negócios.

Dessa forma, em contratos de parceria público-privadas haverá “desequilíbrio sempre que um fato jurídico ou material produzir efeito substancial no aspecto econômico (rentabilidade) ou financeiro (fluxo de caixa) da relação contratual”⁴²⁰. Se os efeitos do fato jurídico ou material não afetarem substancialmente no equilíbrio, insere-se na álea ordinária contratual, devendo o concessionário suportar seus efeitos.

Com a materialização do evento danoso é que a matriz de riscos torna-se extremamente relevante para análise da afetação no equilíbrio econômico-financeiro. Como analisado, uma matriz de riscos bem definida auxilia na estabilidade e na segurança jurídica da relação, por

⁴¹⁸ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO (*in Considerações sobre...*, p. 427) e Marcos NÓBREGA (*in Os limites...*, p. 439).

⁴¹⁹ Cfr. Marcos Augusto Perez (*in Mecanismos...*, p. 332).

⁴²⁰ Cfr. José Anacleto Abduch SANTOS (*in Parceria Público-Privada...*, p. 385).

definir previamente a responsabilidade na ocorrência de evento que afete a equação econômica do contrato.

Inicia-se a análise com a identificação do evento danoso. Identificado, recorre-se à matriz de riscos para qualificar juridicamente o evento⁴²¹ e verificar o contraente responsável por aquele risco⁴²². Se o risco for reservado ao concessionário, não cabe o pedido de recomposição do equilíbrio. É um desequilíbrio já previsto (e precificado) e alocado a uma das partes na relação contratual⁴²³.

A materialização de um risco alocado nas responsabilidades do concessionário, contrariando a tese de Marçal JUSTEN FILHO e de Egon Bockmann MOREIRA, afeta o equilíbrio econômico-financeiro do contrato, porém não transforma o direito objetivo do concessionário à manutenção da equação econômica em direito subjetivo, capaz de impor ao poder concedente o dever de recomposição.

A definição feita na matriz de riscos impede que o poder concedente assuma a responsabilidade pelo evento, pois, caso ocorresse, ter-se-ia o desvirtuamento da alocação de riscos e uma vantagem não prevista no contrato para o concessionário, sobretudo se o evento danoso for originado pela ineficiência do contratado⁴²⁴. A restituição por eventuais perdas no retorno esperado pelo concessionário nos riscos sob sua responsabilidade distorce a matriz de riscos contratada⁴²⁵.

Assim, Fernando Vernalha GUIMARÃES declara que a tutela da equação econômico-financeira do contrato de concessão ou de PPP “visa a proteger tão somente a alocação de riscos contratada; ou melhor: o conteúdo econômico da matriz de risco contratada”⁴²⁶

⁴²¹ Cfr. Marçal JUSTEN FILHO (*in Considerações sobre...*, p. 427).

⁴²² Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in O Equilíbrio...*, p. 99). Maurício Portugal RIBEIRO (*in O que todo...*, p. 442) sustenta que o equilíbrio econômico-financeiro, nesses casos, presta-se a compensar uma das partes pela (i) configuração de risco atribuído à outra parte, mas que (ii) impacte de maneira econômico-financeiro na outra.

⁴²³ Em sentido contrário, Marçal JUSTEN FILHO (*in Considerações sobre...*, p. 419) e Egon Bockmann MOREIRA (*et al, in Contratos Administrativos...*, p. 349) afirmam que se a alteração entre encargos e vantagens for prevista no contrato e alocada a uma das partes, não se trata de quebra da equação econômico-financeira.

⁴²⁴ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in O Equilíbrio...*, p. 101).

⁴²⁵ Cfr. Egon Bockmann MOREIRA e Rafaella Peçanha GUZELA (*in Contratos...*, p. 348).

⁴²⁶ *In O Equilíbrio...*, p. 99.

Por outro lado, se o risco pelo evento for de responsabilidade do poder concedente, surge o direito subjetivo do concessionário e o dever da Administração em recompor a relação entre encargos e vantagens na forma como foi contratado (fundado no plano de negócios). É importante salientar que esse direito subjetivo do concessionário é disponível, ou seja, o particular pode não o exercer, ocorrendo, após prazo geral contra a Fazenda Pública⁴²⁷, a prescrição do direito.

O instituto da recomposição do equilíbrio econômico-financeiro visa neutralizar prejuízos do concessionário originados da materialização de riscos cuja responsabilidade é do poder concedente⁴²⁸. Assim, não sendo o evento causador dos prejuízos alocado nos riscos do concessionário, os parceiros público e privado devem quantificar o dano causado, recalculando a TIR do projeto no momento da contratação e compará-la a essa variação, com as ressalvas já feitas no tocante à utilização desse mecanismo em momento anterior neste trabalho.

Porém, pela natureza incompleta dos contratos de parceria público-privadas⁴²⁹, nem todas as hipóteses de modificação objetiva podem ser previstas (ou mesmo deixadas em aberto por intenção do poder concedente – contrato de adesão). A alteração de circunstâncias caracteriza-se pela modificação anormal e imprevisível da base objetiva em que se fundou o negócio, sendo a manutenção das obrigações assumidas pelas partes gravemente afetadas por evento não cobertos pelo risco do próprio contrato⁴³⁰.

Trata-se, portanto, da tutela de riscos extracontratuais, não previstos inicialmente pelas partes. A análise da alteração de circunstâncias pelos contraentes deve se pautar nos princípios da boa-fé, da eficiência e da prossecução do interesse público, por serem eles norteadores das atividades administrativas e da relação contratual – a boa-fé é princípio geral de direito aplicável

⁴²⁷ Prazo de 5 (cinco) anos, conforme art. 1º do Decreto nº 20.910/32.

⁴²⁸ Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in O Equilíbrio...*, p. 101).

⁴²⁹ Ver Capítulo 2.

⁴³⁰ Cfr. Marcelo Rebelo de SOUSA e André Salgado de MATOS (*in Contratos...*, p. 166). Mário Aroso de ALMEIDA (*in Contratos Administrativos e Regime de sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos. In: Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 811-849, p. 830*) conceitua a alteração das circunstâncias como situações em que “a manutenção do contrato nos termos acordados conduziriam à ruína do contraente privado e, por via disso, colocaria em causa o próprio princípio da continuidade dos serviços públicos”.

aos contratos administrativos; os outros dois são princípios constitucionais aos quais a Administração encontra-se vinculada.

Em Portugal, o regime das modificações objetivas dos contratos estão previstas nos art. 311 a 315 do Código de Contratos Públicos. O art. 311º assenta que os contratos públicos podem ser alterados por acordo entre as partes, por decisão judicial ou arbitral ou por ato administrativo do contraente público com fundamento no interesse público, desde que ocorra a alteração das circunstâncias em que as partes decidiram contratar. Alexandra LEITÃO aponta que os requisitos para a alteração de circunstâncias no regime do Código de Contratos Públicos são a alteração anormal e imprevisível das bases contratuais, a onerosidade excessiva ao contratante provado e que a alteração não esteja coberta pelos riscos do próprio negócio⁴³¹. Outro elemento identificado por Pedro MELO é a lesão grave ao princípio da boa-fé.

Essa alteração anormal e imprevisível do contrato e a possibilidade de modificação para restabelecer a justiça contratual por fato superveniente são o fundamento para a alteração de circunstâncias no regime do CCP⁴³². Nesse sentido, em caso de modificação unilateral do contrato fundada no interesse público, não se pode enquadrá-la como alteração de circunstâncias, pois o art. 312º, b, do CCP, impõe que a modificação objetiva do contrato por ato unilateral decorre de uma nova ponderação do interesse público ou diante de novas necessidades, por ser imputável à Administração⁴³³. Nesse sentido, a indenização pela modificação unilateral gera direito ao cocontratante privado à indenização com base no montante a ser reequilibrado ou a resolução do contrato⁴³⁴, porém, o art. 312º do CCP dá preferência à modificação da avença⁴³⁵, mas a escolha da solução (resolução ou modificação) é inteira da parte lesada⁴³⁶.

⁴³¹ Cfr. Alexandra LEITÃO (in *O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais*. V Encontro de Professores de Direito Público: “O tempo e o Direito Público”. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012).

⁴³² Cfr. Pedro MELO (in *Juízo...*, p. 64).

⁴³³ Alexandra LEITÃO (in *O tempo...*) afirma que o poder de modificação unilateral da Administração pode ser usado na “sequência de uma alteração de circunstâncias, desde que ponha em causa a aptidão do contratado para prosseguir o interesse público subjacente à sua celebração”.

⁴³⁴ Cfr. Marcela Campos JABÔR. (in *Repartição de riscos na execução do contrato administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013, p. 100).

⁴³⁵ Cfr. Alexandra LEITÃO (in *O Tempo...*).

⁴³⁶ Cfr. Pedro MELO (in *Juízo...*, p. 64).

Alteração de circunstâncias, portanto, decorre de evento alheio às partes que modificam as bases objetivas do negócio. O art. 314º, 1, refere-se ao poder de modificação unilateral e ao fato do príncipe, dando direito ao contratado à reposição do equilíbrio. Já o art. 314º, 2, trata de eventos não imputáveis às partes, não surgindo o direito à recomposição do equilíbrio, mas apenas partilhar os prejuízos⁴³⁷.

Especificadamente sobre os contratos de parcerias público-privadas (PFI), Pedro MELO entende que o instituto da alteração das circunstâncias aplica-se integralmente a esse tipo contratual, visto que fora criado para dar sustentáculo aos contratos duradouros da Administração. Os contratos de PPP, independentemente do critério de qualificação, são contratos administrativos e abrangidos pelo CCP, inclusive no tocante à alteração das circunstâncias em que o negócio se fundou⁴³⁸.

Portanto, na ocorrência de evento anormal e imprevisto que altere a base objetiva do negócio via parceria público-privada, as partes, em comum acordo (art. 311º, 1, a), podem celebrar acordo endocontratual para modificar o contrato e reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro ou o particular pode exigir a resolução contratual, que deve ser via sentença judicial ou arbitral⁴³⁹.

As Leis nº 11.079/2004 (Lei das PPP) e nº 8.987/95 (Lei Geral das Concessões) não definem *a priori*, como analisado, os conceitos de equilíbrio econômico-financeiro dos contratos e da base objetiva do negócio, cabendo ao próprio contrato e ao plano de negócios do concessionário esmiuçar ambos. Para os casos em que se mostram insuficientes ambos os instrumentos para delinear a assunção dos riscos não previstos, Fernando Vernalha GUIMARÃES sustenta que caberá ao intérprete ou ao juiz (ou árbitro constituído) identificar critérios secundários para solucionar a questão. Essa solução deve ser compatível com o regime jurídico dos contratos de longo prazo⁴⁴⁰.

⁴³⁷ Cfr. Alexandra LEITÃO (*in O Tempo...* p. 12). No mesmo sentido, Marcela Campos Jabôr (*in Repartição...*, p. 101).

⁴³⁸ Cfr. Pedro MELO (*in Juízo...*, p. 71).

⁴³⁹ *Idem*, p. 77-80.

⁴⁴⁰ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in O Equilíbrio...*, p. 99).

Ao celebrarem um contrato de parceria público-privada, os contraentes definem naquele momento a base objetiva do negócio, fundados nas informações disponíveis (cenário político, econômico etc.) ao tempo da formação do contrato. Sobrevindo eventos supervenientes e imprevisíveis que alterem significativamente as bases contratuais, justifica-se a alteração contratual ou a sua extinção⁴⁴¹. Assim, surge para o concessionário o direito subjetivo à revisão da avença originalmente pactuada.

No Brasil, a estabilidade do pacto e o atendimento à finalidade pública que levou a Administração à celebração justificam a opção pela modificação contratual. Nesse sentido, o Fernando Vernalha GUIMARÃES propõe que a tutela dos riscos extracontratuais nos contratos de parcerias público-privadas submeta-se às regras previstas no art. 65, inciso II, alínea *d*, da Lei nº 8.666/93 (Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos). A intenção do legislador ao criar essa norma foi desestimular a “precificação de risco cujo controle pelos interessados é impossível ou bastante limitado”. Assim, transfere-se esse risco para a Administração, pois ela teria melhores condições para o gerenciar adequadamente⁴⁴².

Essa interpretação é reforçada pela natureza de adesão dos contratos administrativos⁴⁴³. Como analisado no Capítulo 1, a interpretação desses contratos deve ser a mais favorável ao aderente, ou seja, ao concessionário. Não podendo influenciar na definição das cláusulas regulamentares do contrato, as possíveis lacunas devem ser de responsabilidade da Administração, conforme a teoria das áleas já prevista na Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos.

Aplica-se nesse caso o mesmo regramento analisado no item 4.3.1 deste trabalho. Assim, na ocorrência de modificação unilateral do conteúdo contratual ou evento enquadrado na álea administrativa – fato da Administração ou fato do príncipe, o parceiro privado passa a ter direito

⁴⁴¹ Cfr. Flávio Amaral GARCIA (*in A Imprevisão...*, p. 111).

⁴⁴² *Idem*, p. 99. No mesmo sentido, Egon Bockmann MOREIRA e Rafaella Peçanha GUZELA (*in Contratos...*, p. 348) propõem que na ocorrência de desequilíbrios que fogem à matriz de riscos contratualmente celebrada, aplica-se a teoria das áleas aos contratos de PPP. Também Flávio Amaral GARCIA (*in A imprevisão...*, p. 117), ao afirmar que “quando as bases e as circunstâncias externas que motivaram as partes a conformar a relação contratual (inclusive a própria matriz de riscos) são drasticamente alteradas, inviabilizando o atingimento da finalidade primária do contrato e alterando profundamente o equilíbrio econômico-financeiro pactuado, tem-se a quebra da base objetiva do negócio e o legítimo direito dos contratantes em promoverem a revisão do pacto”.

⁴⁴³ Ver Capítulo 1.

à total indenização do dano sofrido ou o recálculo da contraprestação pública/tarifa para recompor a taxa interna de retorno esperada.

Quanto aos eventos imprevisos ou previsível de consequências incalculáveis que afetem o equilíbrio contratual, tornando-o excessivamente oneroso para uma das partes, aplica-se, da mesma forma, a teoria das áleas, na álea econômica extraordinária, mediante acordo entre as partes, nos termos do art. 65, inciso II, alínea d, da Lei ° 8.666/93.

Porém, ao contrário do que ocorre no direito português e defendido por parte da doutrina⁴⁴⁴, não nos parece a melhor solução defender que, na ocorrência de fatos imprevisos e não imputáveis às partes, o prejuízo seja partilhado. Tratando-se de risco não definido na matriz contratual e por ser uma concessão de serviço público, a Administração possui melhor aptidão para gerenciar esse risco, seja por meio da adoção de políticas para proteção da concessão, mecanismos macroeconômicos ou simplesmente aumentar a contraprestação pública custeada pelo erário.

O particular não possui meios para mitigar os efeitos sobre o contrato, principalmente se operar o empreendimento do limite da eficiência. O impacto do evento danoso pode levar o contraente privado à ruína financeira, afetando de sobremaneira o serviço público ofertado.

Nesses casos, a Administração tem o dever de recolocar o concessionário nas mesmas condições em que se encontrava antes da quebra da base objetiva do negócio e, consequentemente, do equilíbrio econômico-financeiro do contrato.

4.4.2.1. É possível a redistribuição dos riscos pela alteração das circunstâncias?

Caso um evento que afete o equilíbrio econômico-financeiro contratual esteja alocado na matriz de riscos do concessionário, a regra é que esse seja responsável por absorver os prejuízos de sua ocorrência, como analisado previamente. Todavia, mesmo que o evento seja previsível, pode ser que as consequências de seu acontecimento exorbitem os limites da previsibilidade e

⁴⁴⁴ Ver Marcela Campos Jabôr (*in Repartição...*, p. 101).

influenciem demasiadamente na comutatividade contratual, tornando-o excessivamente oneroso para o particular. Questiona-se se essa situação geraria o dever de recomposição do equilíbrio.

A lógica tradicional da avaliação dos riscos impõe solução literal para o questionamento: se o risco é alocado a uma das partes, caberá a ela absorver todas as consequências da sua ocorrência, independentemente dos impactos da mudança das circunstâncias e da desproporcionalidade entre os encargos assumidos e a justa remuneração. De outra forma, a ocorrência de evento contemplado na matriz de riscos, mesmo que cause impacto grave no equilíbrio econômico-financeiro, não enseja a sua recomposição.

Não obstante, a norma prevista no art. 65, inciso II, alínea *d*, da Lei nº 8.666/93, determina que na ocorrência de eventos previstos pelas partes, mas suas consequências sejam tão graves a ponto de afetar a própria manutenção do contrato, as partes podem transigir para reestabelecer o pacto inicial e a correlação entre encargos e a remuneração do contratado, com vistas à manutenção do equilíbrio econômico-financeiro.

A Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos (Lei nº 8666/93) aplica-se subsidiariamente às concessões comuns e de parcerias público-privadas, como analisado previamente. Se um evento previsto na matriz de riscos de uma PPP se processa para além daquilo que foi definido pelas partes inicialmente, seguindo a lógica de que os riscos assumidos são os riscos normais de determinada álea, o regramento aplicável é semelhante, quiçá idêntico, à alteração de circunstâncias por riscos não cobertos pela matriz contratual.

A ocorrência de situações de rompimento abrupto e imprevisível em razão de mudanças no cenário econômico a impactar excessivamente nos custos do concessionário, mesmo que dentro dos riscos assumidos *a priori*, causa a quebra da comutatividade contratual. Nesses casos, entendemos ser cabível o pedido de revisão, pois a base objetiva em que o negócio se formou restou desfigurada⁴⁴⁵.

⁴⁴⁵ No mesmo sentido, Flávio Amaral GARCIA (*in A imprevisão...*, p. 120).

De tal forma, o risco, no momento da contratação, era previsível, mas suas consequências não foram previstas pelas partes, alterando drasticamente o cenário econômico da relação, na qual Flávio Amaral GARCIA denomina essa situação de “a imprevisão na previsão”⁴⁴⁶. Por mais que o planejamento na fase pré-contratual da alocação objetiva de riscos tenha sido realizado da forma mais eficiente possível, a incompletude dos contratos de PPP não permite que todas as situações sejam discriminadas no instrumento contratual, nem que a matriz de riscos escolhida contemple todas as situações extremadas que podem ocorrer.

Em Portugal, Pedro GONÇALVES sustenta que, mesmo em casos de o cocontratante assumir determinado risco, “não significa que tenha de suportar as consequências de todo e qualquer facto que produza efeitos no domínio desse risco”⁴⁴⁷. Nesses casos, mesmo que tenha assumido o risco, trata-se de uma ocorrência anormal e imprevisível a qual o particular tem direito a uma compensação, nos termos do art. 314, nº 2, do CCP. Pedro MELO vai além e defende que até mesmo a ineficiência superveniente por parte do contratado pode ser enquadrada como alteração de circunstâncias a motivar a modificação contratual⁴⁴⁸.

Essas negociações endocontratuais devem sempre se pautar na boa-fé contratual e nas bases objetivas do negócio – plano de negócios, documento base para se comparar as legítimas expectativas das partes no momento da contratação e os efeitos do evento previsto cujas consequências superam o que fundou a formação do contrato.

Por outro lado, caso a alteração de circunstâncias afete a capacidade das partes em gerenciar os riscos de tal modo que se torne impossível, é permitida a alteração da própria matriz de riscos em que o negócio se fundou? Egon Bockmann MOREIRA e Rafaella Peçanha GUZELA entendem que a matriz de riscos não pode ser distorcida nem mesmo diante de oscilações consideradas no plano de negócios⁴⁴⁹.

Fernando Vernalha GUIMARÃES, em sentido contrário, sustenta que a revisão periódica dos contratos de parcerias público-privadas é expediente desejável, tendo em vista o horizonte

⁴⁴⁶ *Idem*, p. 118.

⁴⁴⁷ Cfr. Pedro Costa GONÇALVES (*in Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2016, p. 599).

⁴⁴⁸ Cfr. Pedro MELO (*in O Juízo...*, p. 84).

⁴⁴⁹ Cfr. Egon Bockmann MOREIRA e Rafaella Peçanha GUZELA (*in Contratos...*, p. 349).

temporal de execução contratual e as inúmeras alterações na tecnologia, mercado securitário, metodologias de execução. Assim, até mesmo a alteração da matriz de riscos é possível. O autor argumenta que a capacidade e a aptidão das partes em gerenciar o risco se alteram ao longo dos anos. Desse modo, as partes podem negociar, o que pressupõe a consensualidade, para rediscutir a matriz de riscos e, eventualmente, modificá-la. Porém, necessariamente deve ser pela via negocial, pois diz respeito à própria equação econômico-financeira do contrato de concessão, sendo essa intangível ao poder público⁴⁵⁰.

No direito comparado, Maria Eduarda AZEVEDO registra que a concessão da Ponte Vasco da Gama como o primeiro caso de *project finance* em Portugal. O contrato foi assinado entre o Governo Português e o Consórcio Lusoponte S.A. para o desenho, construção, financiamento e operação da Ponte Vasco da Gama, e a exploração e manutenção parcial da Ponte 25 de Abril, em partilha com o governo, sendo a concessionária remunerada pela cobrança de pedágio (portagens) aos utentes. Por se constituírem em monopólio natural as pontes, por serem as únicas formas de atravessar o Rio Tejo pela via terrestre, o concessionário fixou as bases de seu negócio nessas premissas, assumindo o risco integral da procura.

Não obstante, o Governo promoveu sucessivas modificações unilaterais no contrato que acabaram por desequilibrar a equação econômica contratual (concessão de isenções, atribuição de descontos por utilização frequente e outros). Em função do desequilíbrio, o poder concedente passou a compensar financeiramente a concessionária, ocorrendo na prática a transferência do risco de demanda ao Estado.

A fixação da matriz de riscos, como analisada no capítulo anterior, pressupõe escolhas racionais e eficientes por parte do gestor público. Da mesma forma, diante de alteração de circunstâncias que tornem ineficiente a matriz de risco contratada e que cause o desequilíbrio grave da equação econômico-financeira, as partes podem – desde que demonstrado o evento grave superveniente, imprevisível ou previsível com consequências incalculáveis, e o nexo de

⁴⁵⁰ Cfr. Fernando Vernalha GUIMARÃES (*in O Equilíbrio...*, p. 95). No mesmo sentido, Cristiana FORTINI e Priscila Giannetti Campos PIRES (*in Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Parcerias Público-Privadas*. In JUSTEN FILHO, Marçal (Coord.) *Parcerias Público-Privada: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 304), para as quais a revisão da matriz de riscos deve estar expressamente prevista no instrumento contratual e seja fixada data para sua ocorrência.

causalidade com o desequilíbrio – a qualquer momento negociar a revisão da matriz de riscos. Esse permissivo ampara-se no princípio da eficiência subjacente à própria figura da PPP, na qual os riscos devem ser alocados naquele que consegue melhor gerenciá-los.

Suponhamos a concessão de obra seguida de exploração de um autódromo para provas de velocidade. Transfere-se ao particular desenho, financiamento, construção e operação do empreendimento e o risco de demanda. Provas automobilísticas são bens supérfluos, os quais, em caso de crise econômica, são diretamente afetados pela falta de espectadores intencionados a dispendar recursos para acompanhá-las no autódromo.

A queda no fluxo de caixa da concessionária pode ser tão acentuada que pode inviabilizar a própria manutenção da concessão, mesmo que em seu nome ela tenha contraído empréstimos para a construção de um equipamento público. Mesmo se a concessionária atuar de maneira mais eficiente possível, não conseguirá obter fluxo de caixa para custeio de suas despesas ordinárias. Nesse caso, ela poderia pleitear junto ao poder concedente a revisão do risco da demanda, podendo compartilhar o risco ou transferi-lo para a Administração, uma vez que o ativo retornará automaticamente ao fim da concessão para seu patrimônio. Mantém-se a operação, mas o risco da procura fica para o parceiro público.

4.4.3. Métodos para recomposição do equilíbrio

Identificado o desequilíbrio da relação contratual, seja oriundo de riscos contratualmente previstos ao poder concedente, pela assunção de riscos extracontratuais, seja de riscos contratuais cujas consequências impactem de maneira grave na equação econômica, surge para o particular o direito à recomposição do equilíbrio contratual. A quantificação do dano ocorre conforme a variação verificada na TIR do projeto e na TIR efetiva, conforme analisado no item 4.4.1. Quais as formas disponíveis ao poder público para compensar a concessionária?

Assim como a definição dos riscos e dos meios para identificação do equilíbrio e desequilíbrio da equação econômico-financeira do contrato de PPP, a legislação remete ao contrato os mecanismos para a recomposição, podendo ser utilizados aqueles admitidos pelo

direito⁴⁵¹. Essa delegação ao instrumento contratual decorre da dinâmica dos contratos de PPP e das várias formas que podem assumir, devendo ser tratados casuisticamente cada um dos regulamentos contratuais.

Maurício Portugal RIBEIRO entende que as alternativas trazidas pelo instrumento contratual devem ser interpretadas de forma exemplificativa, podendo as partes acordar de forma diversa àquela prevista no contrato, e que, em regra, o poder concedente será responsável pela escolha do mecanismo de recomposição⁴⁵². Discorda-se, em parte, dessa afirmativa, pois, originado o direito subjetivo público do concessionário à recomposição, o titular do direito é o concessionário, podendo fazer valer as alternativas expressamente previstas no contrato, mesmo que seja do poder concedente a opção por qual mecanismo adotar.

A autonomia administrativa (discrecionariiedade) em matéria contratual é limitada, como analisado em outro momento, principalmente pelo princípio da legalidade e da prossecução do interesse público. Quando há o desequilíbrio econômico em uma concessão, identificado, mensurado e alocado como responsabilidade do poder concedente, o interesse público encontra-se na sua recomposição da forma que melhor satisfizer o interesse do concessionário.

A identificação do desequilíbrio contratual é, em regra, *ex post*, visto que o fato desencadeador é condição *sine qua non* para sua ocorrência. De outra forma: para se constatar o desequilíbrio por um evento alheio à matriz de riscos do concessionário, ele deve necessariamente ocorrer – não há recomposição preventiva do equilíbrio. O único caso em que deveria ocorrer é diante da modificação unilateral por parte da Administração, por força do art. 9º, § 4º, da Lei nº 8.987/1995⁴⁵³, em que a recomposição deveria ser concomitante à utilização da prerrogativa por parte do poder concedente. Porém, mesmo nesses casos, é difícil que a recomposição ocorra a tempo e modo.

⁴⁵¹ Cfr. Maurício Portugal RIBEIRO (*in O que todo..., p. 447*).

⁴⁵² *Idem*, p. 448.

⁴⁵³ Art. 9º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato. § 4º Em havendo alteração unilateral do contrato que afete o seu inicial equilíbrio econômico-financeiro, o poder concedente deverá restabelecê-lo, concomitantemente à alteração.

Nos demais casos – fato do príncipe, fato da Administração, alteração de circunstâncias, todos ocorrem previamente até que se identifique uma situação de desbalanceamento da equação econômica. Transferir para a Administração a definição discricionária da forma de exercício do direito subjetivo público do concessionário é praticamente inverter a titularidade do direito. Nesse sentido, os mecanismos de recomposição previstos no contrato estão em rol exaustivo, não podendo a Administração criar novas categorias. O único meio para inovar é mediante acordo das partes, no qual consignem método alternativo consensual de recomposição. Fora disso, é necessário o acordo entre as partes, com base no art. 65, inciso II, alínea d, da Lei nº 8.666/93, para se definir o mecanismo de recomposição entre aqueles estipulados no instrumento contratual.

Marcos Augusto PEREZ cita alguns meios de recomposição, como (i) alteração do prazo contratual; (ii) alteração do cronograma de investimentos; (iii) variação do valor da tarifa; (iv) variação do valor da contraprestação pública; (v) alteração dos encargos assumidos pelo concessionário ou pelo poder concedente; (vi) alteração dos parâmetros de qualidade dos serviços, sem que afetem a adequação ao qual se destinam; (vii) autorização para exploração de receita alternativa ou empreendimento associado não previsto no instrumento contratual; (viii) pagamento de compensação, revestido de natureza indenizatória, ao concessionário e outros⁴⁵⁴.

Para garantir maior segurança jurídica e estabilidade aos contratos de parceria público-privada, é dever do contratante público, que elabora unilateralmente o instrumento contratual, a estipulação expressa dos possíveis mecanismos de recomposição do equilíbrio econômico-financeiro contratual. Na ocorrência do evento danoso, cabe às partes, em comum acordo, a opção pelo instrumento a ser utilizado, privilegiando-se o titular do direito diante das obrigações por ele assumidas perante o poder concedente.

⁴⁵⁴ Cfr. Marcos Augusto PEREZ (*in Mecanismos...*, p. 338).

5. CONCLUSÕES

A utilização da figura contratual pela Administração Pública está longe de ser algo do nosso tempo, estando presente desde a antiguidade. Inicialmente, era regida pelo Direito Privado e imperava o brocardo *pacta sunt servanda*.

A Revolução Francesa trouxe a ideia da separação rígida dos poderes e com ela a justiça administrativa, um foro privilegiado para julgamento das ações das quais a Administração fazia parte. Deu-se início ao movimento de diferenciação entre os contratos firmados pela Administração e os contratos entre privados.

Porém, essa diferenciação para fins processuais alcançou o regime substantivo do contrato: o avanço tecnológico do período trouxe a necessidade da alteração de cláusulas contratuais para a melhor adequação ao interesse público.

As teorias alemã e italiana negaram a figura dos contratos administrativos sob o fundamento de que a Administração atua unilateralmente, não ajustando sua vontade com o particular. Por outro lado, a jurisprudência francesa entendia que a figura contratual não era alheia à Administração, mas essa possuiria preponderância na relação contratual, tendo prerrogativas contratuais de alteração unilateral, fiscalização etc. Assim, iniciou-se o movimento de autonomização dogmática dos contratos administrativos.

Atualmente a utilização pela Administração pública da figura contratual é amplamente aceita, sendo que para alguns autores é, hoje, o centro por onde gravita a atividade administrativa.

No Direito brasileiro, apesar de adotar o modelo francês de administração executiva, o contrato era uma figura essencialmente de Direito Privado, incidindo sobre os contratos da Administração o regime jurídico-privado. Por trabalho da doutrina, diferentemente da França em que foi construção dos tribunais administrativos, os contratos administrativos ganharam aos poucos aceitação nos tribunais.

Em Portugal, apesar da resistência de parte respeitável da doutrina, com a incidência das Diretivas da União Europeia acerca da contratação pública, os contratos administrativos hoje são regra, porém, sujeitos a diferentes graus de incidência do regime jurídico-administrativo.

No Direito brasileiro, a natureza contratual é aceita pela ampla maioria da doutrina e, para nós, é contrato de adesão, divergindo a doutrina principalmente no que toca ao regime jurídico aplicável. Em nossa visão, a CR/88 publicizou os contratos firmados pela Administração, deixando de existir a figura dos contratos de Direito Privado da Administração. Atualmente, os contratos serão regidos pelas normas de Direito Público, em maior ou menor grau.

Criamos, assim, a distinção entre os contratos administrativos puros, sem correlação com instrumentos do Direito Privado. Nesses contratos, as prerrogativas da Administração são decorrentes do próprio regime jurídico aplicável aos contratos, independentemente de previsão contratual. Há, ainda, os contratos administrativos clausulares, que são aqueles que possuem semelhante no Direito Privado. As prerrogativas administrativas serão aplicáveis nesses contratos apenas se estiverem previstas no instrumento contratual.

Por fim, os contratos interadministrativos entre pessoas jurídicas de Direito Público e regidos por normas juspublicísticas e, salvo expressa previsão no instrumento contratual, haverá relação de igualdade entre os contraentes.

A interpretação desses contratos deverá sempre ter em consideração o interesse público envolvido e a finalidade/objeto do contrato. Não obstante, o interesse do particular e os termos nos quais foi exposta a proposta da Administração deverão ser consideradas para dar o correto entendimento ao contrato.

O Estado prestacional sofreu por uma crise orçamentária, dificultando a provisão de bens e serviços aos cidadãos. Nesse contexto, há a alteração do Estado de provisão para o Estado regulador, que passa por três vetores principais: inclusão do setor privado na prestação de serviços públicos, redução do tamanho do Estado e a adoção de técnicas contratuais para o atingimento dos fins estatais.

O conceito clássico da concessão de serviços públicos também conforma-se à nova realidade. Esse modelo adotava como critérios fulcrais das concessões a transferência para o

concessionário da exploração do serviço por sua conta e risco e a remuneração vinculada exclusivamente ao pagamento de tarifas pelos utentes. Porém, alguns serviços eram naturalmente deficitários ou por apresentarem riscos demasiados ao particular, não havia atratividade para o investimento massivo de capital. Permitiu-se, assim, que a remuneração do concessionário se realizasse de forma diversa, mediante subsídio estatal, receitas alternativas e outras.

Outra alteração é no tocante à distribuição de riscos da concessão. O modelo concessório tradicional imputava ao concessionário todo o risco da execução dos serviços. A possibilidade de compartilhamento de riscos passou a ser a tônica nos novos modelos, tendo em vista a natureza dos serviços delegados – serviços prestados *uti universi*, em contraposição aos serviços *uti singuli* das concessões tradicionais. Assim, toda atividade estatal passou a ser potencialmente delegável à iniciativa privada.

Nesse contexto surgiram os contratos de *private finance initiative* – PFI no Reino Unido, posteriormente adequados e inseridos nos ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Esse modelo transfere para o particular o desenho, financiamento, construção e operação do empreendimento (contratos DBFO). A regra de ouro desse modelo concessório consubstancia-se na trinca: transferência da responsabilidade pelo financiamento ao parceiro privado, compartilhamento de riscos do empreendimento e a remuneração do particular condicionar-se à metas de desempenho.

A Lei nº 11.079/2004 inaugurou no Brasil o modelo PFI sob a alcunha de parcerias público-privadas. Criou-se por meio dessa lei a concessão patrocinada, na qual a remuneração do particular é composta pela tarifa paga pelo utente e uma contraprestação pública (subsídio), e a concessão administrativa, em que a própria Administração é usuária direta e indireta e a remuneração do concessionário se dá pela contraprestação pública. Adotou-se a regra de ouro acima referida.

O principal motivo das parcerias público-privadas é conferir eficiência à prestação de serviços públicos. Nesse sentido, é condição para a contratação conforme esse modelo a análise por parte do poder concedente comparador entre o setor público e privado e do *value for Money* – *VfM*, ou seja, que a opção por esse modelo é a melhor disponível, em detrimento à prestação

direta e outras formas de delegação. Destarte, a escolha pela PPP depende da análise do custo-benefício, podendo se utilizada somente se for melhor que as demais formas prestacionais.

Ainda sobre a eficiência nas parcerias público-privadas, a repartição objetiva de riscos, determinação legal inserta no art. 5º, inciso III, da Lei nº 11.079/2004, concede ao poder público e ao administrador a discricionariedade para definir a matriz de riscos nesses contratos. Porém, essa autonomia não se trata de liberdade irrestrita, ao contrário, encontra-se condicionada ao princípio da eficiência que rege as relações públicas. O risco deve ser alocado na parte que possui melhores condições para o gerenciar.

A definição da matriz de riscos é questão terminantemente contratual, em que a escolha do gestor por determinada alocação deve ser motivada com fundamento na eficiência de sua alocação. Os critérios básicos para a alocação são a capacidade das partes em influenciar na ocorrência do risco e na capacidade de mitigá-los quando da ocorrência e absorver suas consequências. Não obstante, pela natureza incompleta dos contratos de longo prazo, pela impossibilidade de prever todos os riscos inerentes à atividade, ocorrerão eventos não contemplados na matriz de riscos, ou seja, extracontratuais.

Dessa forma, diferentemente dos contratos de curto prazo em que o valor presente da contratação é a referência para a análise do equilíbrio econômico-financeiro, a matriz de riscos e o plano referencial de negócios ofertado durante a fase pré-contratual tornam-se paradigma para aferir a equação econômica dos contratos de longo prazo. A garantia de manutenção do equilíbrio econômico-financeiro nos contratos administrativos tem matriz constitucional e se aplica irrestritamente à parceria público-privada, porém, adaptada às peculiaridades desse tipo contratual.

Apesar da existência de diversas metodologias para se analisar os investimentos de longo prazo, inclusas as concessões, a análise pela Taxa Interna de Retorno – TIR – tem sido a mais aceita pelos Tribunais Superiores do país e pelo Tribunal de Contas da União. Todavia, mesmo sendo a mais utilizada nos contratos de parcerias público-privadas, elas não são isentas a críticas, sobretudo no que tange à necessidade de novos investimentos no decorrer da execução do contrato.

Na assunção de qualquer evento que modifique a equação econômico-financeira contratual, a matriz de riscos contratada assume importância na medida em que define a responsabilidade de cada uma das partes. Estando o evento inserido sob responsabilidade do particular, ele deverá absorver suas consequências. Ao contrário, se for alocado na matriz de riscos do poder concedente, gerará ao concessionário o direito subjetivo público à recomposição do equilíbrio contratual.

Se o evento danoso não for previsto na matriz de risco contrata, tem-se um risco extracontratual. Nesse caso, em nossa concepção, aplica-se a teoria das áleas (imprevisão) que há muito conduzem a assunção dos riscos nos contratos administrativos. Por outro lado, mesmo que o risco esteja alocado em uma das partes, se as consequências de sua ocorrência superarem aquilo que poderia ser previsto, concede ao concessionário o direito à recomposição do equilíbrio nos mesmos moldes dos riscos extracontratuais.

Por fim, como a matriz de riscos na fase pré-contratual depende de sua alocação da forma mais eficiente possível, ou seja, na parte que melhor gerencia o risco, na alteração das circunstâncias que cause ineficiência superveniente, é permitido as partes negociarem a revisão da matriz de riscos.

De tal modo, a parcerias público-privada é um bom mecanismo para a Administração prestar serviços à população sem recorrer ao endividamento público. Porém, para sua adoção devem ser feitas análises criteriosas quanto à viabilidade financeira do empreendimento e da alocação de riscos. Por se tratar de uma concessão de serviço público, o princípio da continuidade do serviço público e a comutatividade contratual impõem às partes a necessidade de renegociar as bases do contrato pela alteração das circunstâncias em que o contrato se fundou.

6. BIBLIOGRAFIA

ALFONSO, Luciano. *Servicios Públicos y Servicios de Interés General: la renovada actualidad de los primeros*. Revista de Derecho de la Unión Europea, n. 7, 2º semestre, 2004.

ALMEIDA, Mário Aroso. *Contratos Administrativos e Regime de sua Modificação no Novo Código dos Contratos Públicos*. In: Estudos em Homenagem ao Professor Sérvulo Correia. V. II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 811-849.

APOLINÁRIO, Marisa. *O âmbito da jurisdição administrativa em matéria de contratos*. In Estudos de Direito Público, coord. João CAUPERS e Jorge Bacelar GOUVEIA; ed. Única, Lisboa: Âncora, 2006.

ARAGÃO, Alexandre Santos de. *Direito dos Serviços Públicos*. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

AZEVEDO, Maria Eduarda. *As Parcerias Público-Privadas: Instrumento de Uma Nova Governança*. Tese de Doutoramento, Universidade de Lisboa, 2008.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *Curso de Direito Administrativo*. 22ª ed., São Paulo: Malheiros, 2007.

BANDEIRA DE MELLO, Oswaldo Aranha. *Princípios Gerais de Direito Administrativo*, volume II. 2ª ed., Rio de Janeiro: Forense, 1979.

BINENBOJM, Gustavo. *As Parcerias Público-Privadas (PPPs) e a Constituição*. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, nº 2, maio/jun/jul, 2005.

CAETANO, Marcello. *Conceito de Contrato Administrativo*, in Estudos de Direito Administrativo, ed. única. Lisboa: Ática, 1974

_____. *Estudos de História da Administração Pública Portuguesa*. Coimbra: Coimbra, 1994.

_____. *Manual de Direito Administrativo*, vol. I. 10ª ed., Coimbra: Almedina, 1984.

CARDOSO, André Guskow. *Ainda a questão da alocação e repartição de riscos nas parcerias público-privadas*. Parcerias Público Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de Direito Administrativo*. 27ª Ed. São Paulo: Atlas, 2014.

CAUPERS, João. *Introdução ao Direito Administrativo*, Lisboa: Âncora, 2010.

CAVALCANTI, Themístocles Brandão. *Curso de Direito Administrativo*. 10. ed. refundada e atualizada. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1977.

COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS. *Livro verde sobre as Parcerias Público-Privadas e o Direito Comunitário em Matéria de Contratos Públicos e Concessões*. Bruxelas, 2004.

CORDEIRO, António Manuel da Rocha Menezes. *Da Bo Fé no Direito Civil*. 6ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 2015.

CORREIA, Sérvulo. *Direito do Contencioso Administrativo*. Ed. Única, Lisboa: LEX, 2005.

_____. *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*. Coimbra: Almedina, 2007.

CRETELLA JÚNIOR, José. *Lições de Direito Administrativo Moderno*. São Paulo: José Bushatsky, 1970.

DAL POZZO, Augusto Neves. *Procedimento de Manifestação de Interesse e o Planejamento Estatal de Infraestrutura*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 13, n. 150, p. 23-33, jun, 2014.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. *500 Anos de Direito Administrativo no Brasil*, in Revista Eletrônica de Direito do Estado, n. 5, REDE: 2006, jan/fev/mar.

DUARTE, Luciana Gaspar Melquíades; SILVA, Raquel Lemos Alves. *As Parcerias Público-Privadas na Administração Pública Moderna*. Revista de Direito Administrativo, ano 2014, n. 265, jan/abr 2014.

ENTERRÍA, Eduardo García de; FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón. *Curso de Derecho Administrativo I*, 11ª ed., Madrid: Civitas, 2002.

ESTORNINHO, Maria João. *Contratos da Administração Pública (Esboço de Autonomização Curricular)*. Ed. única, Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Curso de Direito dos Contratos Públicos: Por uma Contratação Pública Sustentável*. Coimbra: Almedina, 2013.

_____. *Requiem pelo Contrato Administrativo*. Ed. Única, Coimbra: Almedina, 1990.

FARIA, Edimur Ferreira. *Curso de Direito Administrativo Positivo*. 3ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

FARIAS, Cristiano Chaves de; ROSENVALD, Nelson. *Curso de Direito Civil – Direito dos Contratos*. 4ª Ed., Pituba: JusPodivm, 2014.

FERRAZ, Luciano de Araújo. Comentários ao art. 37, inciso XXI. In CANOTILHO, J. J. GOMES; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lênio L (Coords.). *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

FIGUEIREDO, Lúcia Valle. *Curso de Direito Administrativo Moderno*. 6ª ed., São Paulo: Malheiros, 2003.

FORSTHOFF, Ernst. *Tratado de Decrecho Administrativo*. Tradução: Legaz Lacambra; Garrido Falla; Gómez de Ortega y Junge. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1958.

FORTINI, Cristiana; PIRES, Priscila Gianetti Campos. *Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Parcerias Público-Privadas*. In JUSTEN FILHO, Marçal (Coord.) *Parcerias Público-Privada: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. 1 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

FRANÇA, Maria Adelaide Campos. *Parcerias Público-Privadas: Repartição Objetiva de Riscos*. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2011.

FRANCO, Viviane Gil; PAMPLONA, João Batista. *Alocação de Riscos em Parcerias Público-Privadas no Brasil*. Revista Econômica do Nordeste. Fortaleza, v. 39, n. 1, jan-mar 2008.

FREITAS, Lourenço Manoel Vilhena de. *O Poder de Modificação Unilateral do Contrato Administrativo pela Administração*, ed. única, Lisboa: AAFDL, 2007.

FREITAS DO AMARAL, Diogo. *Curso de Direito Administrativo, volume II*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2011.

GAEBLER, Ted; OSBORNE, David. *Reinventando o Governo: como o espírito empreendedor está transformando o setor público*. Trad. Sérgio Fernando Guarischi e Ewandro Magalhães Jr. 5ª Ed. Brasília: MH Comunicação, 1995.

GARCIA, Flávio Amaral. *A imprevisão na previsão e os contratos concessionais*, In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 109-124

GAROFOLI, Roberto; FERRARI, Giulia. *Manuale di Diritto Amministrativo*. Quarta edizione, Roma: Neldiritto Editore, 2010.

GIL, José Luis Meilán. *La estructura de los Contratos Públicos – Norma, acto y contrato*. 1ª ed. Madrid: Iustel, 2008.

GOMES, Carla Amado. *A conformação da relação contratual no Código dos Contratos Públicos*. In Estudos de Contratação Pública I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008.

GONÇALVES, Pedro. *A Concessão de Serviços Públicos*. Coimbra: Almedina, 1999.

_____. *Direito dos Contratos Públicos*. Coimbra: Almedina, 2016.

_____. *O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo*. Ed. única, Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Regulação Administrativa e Contrato*. In Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, Volume II. Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

GUERRA, Sérgio. *Concessões de Serviços Públicos: Aspectos Relevantes sobre o Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno (TIR)*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 451-465.

GUIMARÃES, Bernardo Strobel. *Proposta de Manifestação de Interesse – Riscos Públicos e Riscos Privados*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 4, n. 6, p. 31-57, set. 2014/fev. 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha. *Alocação de Riscos na PPP*. In *Parcerias Público-Privadas: reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004*. JUSTEN Filho, Marçal; SCHWIND, Rafael Wallbach (Coords.). 1ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

_____. *Aspectos Jurídicos da Licitação na Parceria Público-Privada*. Revista de Contratos Públicos – RCP, Belo Horizonte, ano 3, n. 3, p. 73-97, mar/ago de 2013.

_____. *O equilíbrio econômico-financeiro nas concessões e PPPs: formação e metodologias de recomposição*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 89-108.

JABÔR, Marcela Campos. *Repartição de riscos na execução do contrato administrativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2013.

JUSTEN FILHO, Marçal. *A PPP Brasileira e as Lições do Passado*. TALAMINI, Eduardo; JUSTEN, Monica Spezia. *Parcerias Público-Privadas: um enfoque multidisciplinar*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

_____. *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*. 16ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. *Considerações sobre a equação econômico-financeira das concessões de serviço público: a questão da TIR*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 405-432.

_____. *Curso de Direito Administrativo*. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

KEE, James Edwin; FORRER, John. *Private Finance Initiative – The Theory Behind Practice*. *International Journal of Public Administration*, 31:2, p. 151-167.

KIRKBY, Mark Bobela-Mota. *Conceitos e critérios de qualificação do contrato administrativo: um debate acadêmico com e em homenagem ao senhor professor Sérvulo Correia*. *in* Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Sérvulo Correia, vol. II. Coimbra: Coimbra, 2010.

_____. *Contratos Administrativos de Subordinação*, ed. única. Lisboa: AAFDL, 2002.

LEITÃO, Alexandra. *Contratos Interadministrativos*. Tese de Doutoramento, Ciências Jurídico-Políticas, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2011.

_____. *Lições de Direito dos Contratos Públicos*, ed. única, Lisboa: AAFDL, 2014.

_____. *O tempo e a alteração das circunstâncias contratuais*. V Encontro de Professores de Direito Público: “O tempo e o Direito Público”. Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2012.

LIMA, Carlos Marcio Campos. *Alocação e mitigação dos riscos em parcerias público-privadas no Brasil*. *Revista de Administração Pública*. Rio de Janeiro, 49(2), p. 267-291, mar/abr 2015.

MACHADO, João Melo. *Teoria Jurídica do Contrato Administrativo*. Coimbra: Coimbra, 1932.

MARINS, Vinícius; OLIVEIRA, Rodrigo Reis de. *As parcerias público-privadas e o problema da alocação de riscos: uma análise do caso da modernização do Estádio “Mineirão” para a*

Copa do Mundo de 2014. Fórum da Contratação Pública, ano 10, n. 111, março 2011. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. As Parcerias Público-Privadas no Saneamento Ambiental. Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico, n. 2, Salvador, maio/jun/jul de 2005.

MARTINS, António. *Sobre o Equilíbrio Financeiro das Concessões e a Taxa Interna de Rendibilidade (TIR) Accionista: uma perspectiva económica*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). Contratos administrativos, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 321-335.

MEDAUAR, Odete. *Direito Administrativo Moderno*. 12ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *O Direito Administrativo em Evolução*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MEIRELLES, Hely Lopes. *Direito Administrativo Brasileiro*. 26ª ed., São Paulo: Malheiros, 2001.

MELO, Pedro. *O Juízo de Eficiência na Alteração das Circunstâncias das Parcerias Público-Privadas*. In Estudos de Direito Público, 1ª Ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

MENEZES DE ALMEIDA, Fernando Dias. *Contrato Administrativo*. Ed. única, São Paulo: Quartier Latin, 2012.

MONTEIRO, Vera Cristina Caspari. *A caracterização do contrato de concessão após a edição da Lei 11.079/2004*. Tese de Doutorado – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2009.

MOREIRA, Vital. *Serviços Públicos e Concorrência: a regulação do sector elétrico*. In Os Caminhos da Privatização da Administração Pública. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. *Curso de Direito Administrativo*. 1ª ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971.

MOREIRA, Egon Bockmann. *Contratos administrativos de longo prazo: a lógica de seu equilíbrio econômico-financeiro*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 79-88.

_____; GUZELA, Rafaella Peçanha. *Contratos administrativos de longo prazo, equilíbrio econômico-financeiro e a taxa interna de retorno (TIR)*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 337-356.

MUKAI, Toshio. *Licitações e Contratos Públicos*. 8ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.

NERY, Ana Rita de Figueiredo. *Consensualismo e Interpretação dos Contratos Administrativos*. In *Direito Privado Administrativo*, org. DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. São Paulo: Atlas, 2013.

NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de A. *Código Civil Comentado*. 11ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

NOBREGA, Marcos. *Direito da Infraestrutura*. São Paulo: Quartier Latin, 2011.

_____. *Os limites e a aplicação da Taxa Interna de Retorno*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 433-440.

OLIVEIRA, Beatriz Lancia Noronha. *A arbitragem nos contratos de parcerias público-privadas*. Dissertação de Mestrado. Universidade de São Paulo. São Paulo, 2012.

OLIVEIRA, Gustavo Justino de; SCHWANKA, Cristiane. *A Administração Consensual como a Nova Face da Administração Pública no Séc. XXI: Fundamentos Dogmáticos, Formas de Expressão e Instrumentos de Ação*. Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 104. São Paulo, 2009.

OLIVEIRA, Mário Esteves de. *Direito Administrativo I*. 2ª reimpressão. Coimbra: Almedina, 1984.

OTERO, Paulo. *Legalidade e Administração Pública: o sentido da vinculação administrativa à juridicidade*. Ed. única. Coimbra: Almedina, 2003.

_____. *Manual de Direito Administrativo, vol. I*. Ed. única. Coimbra: Almedina, 2013, p. 267.

PARADA, Ramón..*Derecho Administrativo I*. 16. ed. Madrid: Marcial Pons, 2007.

PEREIRA, Anna Carolina Migueis. *Alocação de Riscos nos Contratos de Concessão e PPP: um mecanismo rumo à eficiência na implantação de infraestruturas no Brasil*.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. *Instituições de Direito Civil – v. 3*. 18ª Ed. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

PEREIRA, Luiz Carlos Bresser. *Da Administração Pública Burocrática à Gerencial*. Revista do Serviço Público, jan-abr de 1996.

PEREIRA JÚNIOR, Jessé Torres. *Comentários à Lei de Licitações e Contratações da Administração Pública*. 5ª ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

PEREZ, Marcos Augusto. *Mecanismos para a Recomposição do Equilíbrio Econômico-Financeiro nas Parcerias Público-Privadas*. Parcerias Público Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004. Revista dos Tribunais: São Paulo, 2015.

_____. *O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público*. Belo Horizonte: Editora Fórum. 2006.

PINTO, Marcos Barbosa. *Alocação de Riscos nas Parcerias Público-Privadas*. Revista do BNDES, Rio de Janeiro, v. 13, n. 25, p. 155-182, jun 2006.

RIBEIRO, Mauricio Portugal; PRADO, Lucas Navarro. *Comentários à Lei nº 11.079/2004 – Parceria Público-Privada. Fundamentos econômicos-jurídicos*. São Paulo: Malheiros, p. 2007.

_____. *O que todo profissional de infraestrutura precisa saber sobre equilíbrio econômico-financeiro de concessões e PPPs (mas os nossos juristas ainda não sabem)*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 441-450.

SANTOS, José Anacleto Abduch. *Parceria Público-Privada na modalidade concessão patrocinada: equilíbrio econômico-financeiro e taxa interna de retorno*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 375-403.

SCHARF, Stéphanie Luíse Pagel; CAGGIANO, Heloísa Conrado. *Os critérios de Análise de Projetos de Investimentos e os Contratos Administrativos de Longo Prazo*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 467-489.

SCHIARATO, Vitor Rhein. *A interação entre Administração Pública e particulares nos contratos administrativos*. Fórum de Contratação e Gestão Pública – FCGP, Belo Horizonte, ano 12, n. 138, jun. 2013, p. 51-69.

SCHIARATO, Vitor Rhein; BARBOZA, Júlio César Moreira. *Levando a sério a remuneração nos contratos públicos de longo prazo*. In MOREIRA, Egon Bockmann (Coord.). *Contratos Administrativos, Equilíbrio Econômico-Financeiro e a Taxa Interna de Retorno: a lógica das concessões e parcerias público-privadas*. Belo Horizonte: Fórum, 2016, p. 491-502.

SCHWIND, Rafael Wallbach. *Remuneração do Particular nas Concessões e Parcerias Público-Privadas*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

SILVA, Fabiane Tessari Lima. *Alocação de Riscos em contratos de concessão comum e de PPPs – do rebus sic standibus ao pacta sunt servanda?*. Revista de Contratos Públicos – RCP. Belo Horizonte, ano 3, n. 5, p. 33-46, mar/ago 2014.

SILVA, Marco Aurélio Barcelos. *Concessão de empreendimentos e contratualização da gestão pública no Brasil: a nova abrangência do regime de concessões no direito administrativo e o marco legal das parcerias público-privadas*. Dissertação de Mestrado. Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais. Belo Horizonte, 2009.

SILVA, Jorge Andrade. *Código dos Contratos Públicos Comentado e Anotado*. 2ª ed., Coimbra: Almedina, 2009.

SILVA, Vasco Pereira da. *O Contencioso Administrativo no Divã da Psicanálise*, 2. ed., Coimbra: Almedina, 2000.

SOUSA, Marcelo Rebelo de. *O Concurso na Formação do Contrato Administrativo*, ed. única, Lisboa: LEX, 1994

SOUSA, Marcelo Rebelo, MATOS, André Salgado. *Direito Administrativo Geral, Tomo I*. 2. Ed., Lisboa: Dom Quixote, 2006.

_____. *Direito Administrativo Geral – Contratos Públicos, Tomo III*. 1. Ed., Lisboa: Dom Quixote, 2008.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Guia Jurídico das Parcerias Público-Privadas*. In *Parcerias Público-Privadas*. Ed. Única. São Paulo: Malheiros, 2005.

SZKLAROWSKY, Leon Frejda. *Interpretação dos Contratos Administrativos*. **In** Revista Portuguesa de Direito do Consumo, Coimbra, setembro de 1999, n. 19.

TERRA, Aline Miranda Valverde; BANDEIRA, Paula Greco. *A Cláusula Resolutiva Expressa e o Contrato Incompleto como Instrumento de Gestão de Riscos nos Contratos*. Revista Brasileira de Direito Civil, out/dez 2015, volume 6. Instituto Brasileiro de Direito Civil.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos, *A Justiça Administrativa: lições*, 12. ed., Coimbra, Almedina, 2012.

ZANCHIM, Kleber Luiz. *Contratos de Parcerias Público-Privadas – Riscos e Incertezas*. São Paulo: Quartier Latin, 2012.